



Mariana Medeiros Esteves

# **Violação das regras Europeias da Concorrência pelos Estados Membros**

---

**A questão dos Auxílios de Estado sob a forma Fiscal**

Dissertação realizada sob a orientação científica da Professora  
Doutora Sofia de Oliveira Pais

Porto

Outubro de 2015

## Agradecimentos

Aos meus pais, pelo amor e apoio incondicionais.

À minha orientadora, Professora Doutora Sofia Pais, por toda a dedicação, trabalho de revisão e disponibilidade pessoal.

À minha avó materna, por todo o carinho e preocupação.

À Ana, pela amizade e ajuda.

Ao Pedro, ao Carlos, e à Benedita, por toda a disponibilidade para a revisão.

Ao Dr. Ivo pelo contributo para o meu crescimento profissional.

# Índice

Nota prévia-----	p.1
Resumo/ Abstract-----	p.2
Lista de abreviaturas-----	p.3
Introdução-----	p.4

## **CAPÍTULO I-----p.5**

<b>1.1. Auxílios de Estado – análise introdutória.</b> -----	<b>p.6</b>
<b>1.2. Auxílios de Estado sob a forma fiscal</b> -----	<b>p.7</b>
1.2.1. Princípio da irrelevância da forma dos auxílios tributários-----	p.8
1.2.1.1. Teoria dos efeitos-----	p.9
1.2.2. “Concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais”-----	p.10
1.2.3. Requisito da vantagem-----	p.11
1.2.4. Requisito da seletividade-----	p.13
1.2.4.1. Seletividade material-----	p.13
1.2.4.2. Importância da demarcação entre medidas gerais e seletivas-----	p.14
1.2.4.3. Teste da seletividade-----	p.16
1.2.5. Efeitos sobre o comércio e concorrência intracomunitários-----	p.21
<b>1.3. Código de Conduta sobre a tributação direta das empresas</b> -----	<b>p.22</b>
1.3.1. Critério da concorrência fiscal prejudicial-----	p.23
1.3.2. A perspectiva da OCDE – aplicação do Princípio da Plena Concorrência-----	p.24

## **CAPÍTULO II-----p.26**

<b>2.1. Preços de Transferência - enquadramento introdutório</b> -----	<b>p.27</b>
<b>2.2. Os Preços de Transferência sob a perspectiva dos Auxílios Tributários</b> -----	<b>p.29</b>
<b>2.3. A importância do regime dos Auxílios de Estado no combate da concorrência fiscal prejudicial</b> -----	<b>p.30</b>
2.3.1. O caso dos Centros de Coordenação Belgas-----	p.35

2.3.2. Breve análise do caso Fiat Finance and Trade - Luxemburgo-----	p.37
<b>2.4. Harmonização fiscal - um caminho a seguir?-----</b>	<b>p.39</b>
 Conclusão-----	 p.42
Referências Bibliográficas-----	p.44
Anexo-----	p.53

## Nota prévia

Na presente dissertação tentamos garantir a fidedignidade de todas as fontes e informações utilizadas, designadamente artigos científicos, dissertações, obras e outras informações disponíveis em *websites* igualmente fidedignos.

Uma vez que uma considerável parte da bibliografia citada é de língua estrangeira, tentamos ser o mais corretos e leais nas traduções, nomeadamente de inglês e castelhano para a nossa língua materna, o português.

Como tal, todas as transcrições são da nossa inteira responsabilidade.

A dissertação encontra-se redigida ao abrigo do Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

## Resumo

Com os recentes acontecimentos relativos ao escândalo “LuxLeaks”, as questões dos Auxílios de Estado sob a forma fiscal e da Concorrência Fiscal Prejudicial tornaram-se em tópicos verdadeiramente prementes.

É sobre ambos que nos debruçaremos, numa análise atualista que permitirá clarificar e conciliar os conceitos.

Palavras-chave: Auxílios de Estado; Fiscalidade; Concorrência Fiscal Prejudicial; Planeamento Fiscal Agressivo; Preços de Transferência; Decisões Fiscais.

## Abstract

With the recent events concerning the “LuxLeaks” scandal, the issue of Fiscal Aids and Harmful Tax Competition, has become a “hot topic”.

We are going to address both, through an actualistic analysis that will enable us to reconcile and clarify the concepts.

Keywords: State Aids; Taxation; Harmful Tax Competition; Agressive Tax Planning; Transfer Pricing; Tax Rulings.

## Lista de abreviaturas e acrónimos

Ac.. – Acórdão

AE – Auxílios de Estado

AG – Advogado Geral

Al. – Alínea

APP – Acordo Prévio de Fixação de Preços de Transferência

Art./ Arts. – Artigo/ Artigos

Cf. – Confrontar

Cit. – Citado

Doc. – Documento

DUE – Direito da União Europeia

ECOFIN – Conselho para as questões Económicas e Financeiras

EM – Estados Membros

MI – Mercado Interno

N.º/N.ºs – Número/ Números

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico

Par. – Parágrafo

PE – Parlamento Europeu

Pp. – Páginas

Proc./ Procs. – Processo/ Processos

Pt. – Ponto

PT – Preços de Transferência

Ss – Seguintes

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

TPI – Tribunal de Primeira Instância

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

Vide/ Vd – Veja-se



## Introdução

*“A aplicação do regime dos Auxílios de Estado à área da fiscalidade atravessa fronteiras [atrevemo-nos a dizer, ainda demasiado demarcadas] entre diferentes campos de atuação legal ao nível nacional e comunitário”.*<sup>1</sup>

Se aliarmos a complexidade dos AE aplicados à fiscalidade das empresas, com a crescente globalização das atividades económicas, e a proliferação de empresas que operam para além das fronteiras nacionais, somos levados a constatar que esta realidade se apresenta cada vez mais como um sério desafio para as jurisdições fiscais dos vários Estados Membros e para a atuação das instituições europeias.

Na presente dissertação, dividida em dois capítulos, propomo-nos a abordar em termos gerais os Auxílios Tributários e a sua aplicabilidade prática no seio das regras da concorrência da União Europeia, através da análise dos critérios que compõe a noção de auxílio vertida no artigo 107º, n.º 1 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE), com especial enfoque para o requisito da seletividade, mediante o devido enquadramento jurisprudencial e doutrinal.

Após uma abordagem global do conceito de AE, numa segunda fase atentaremos mais pormenorizadamente na específica correlação existente entre as suas especificidades e as situações que dizem respeito à problemática dos Preços de Transferência, na medida em que a sua utilização por parte de empresas multinacionais pode levar a práticas de planeamento fiscal agressivo.

O tema em apreço parece-nos pertinente e atual, quer porque em tempos de crise económica é cada vez mais recorrente a utilização desta figura, quer atendendo aos esforços levados a cabo pelas instituições europeias para combater a concorrência fiscal prejudicial, fomentar a transparência entre os EM e harmonizar as medidas fiscais.

Com esta abordagem pretendemos dar a conhecer a “face” mais atualista dos auxílios estatais, e demonstrar que o seu campo de aplicação vai muito para além da tradicional aplicação aos típicos subsídios, apresentando-se como um instrumento idóneo e satisfatoriamente eficaz na garantia de uma concorrência justa e sã no Mercado Interno.

---

<sup>1</sup> Micheau & Brousse, 2012: 153.

# **CAPÍTULO I**

## 1.1. Auxílios de Estado – análise introdutória

O instituto dos Auxílios de Estado constitui um mecanismo *sui generis*, inserido na política de Concorrência da União Europeia, que tem como principal objetivo controlar, a um nível supranacional, as formas de intervenção estadual sobre as empresas públicas ou privadas.<sup>2</sup>

Regulado no TFUE, nos artigos 107º a 109º, o regime em análise é definido<sup>3</sup> de forma muito lata através de um princípio geral de proibição segundo o qual “são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os EM, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais<sup>4</sup> (o que não implica necessariamente a transferência direta dos mesmos), independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou produções”.

Todavia esta proibição não é absoluta nem incondicional, tal como atestam Rodger e MacCulloch<sup>5</sup>, já que, muito embora os auxílios considerados para efeitos da disposição sejam passíveis de causar um dano real ou potencial para a concorrência intracomunitária, os mesmos não são proibidos *ab initio*, pois, em determinados casos, a sua compatibilidade com o Mercado Interno poderá ser aferida através de uma avaliação exaustiva levada a cabo pela Comissão, que culminará na autorização (ou não autorização) da concessão do auxílio previamente notificado pelo EM.

Os n.ºs. 2 e 3 do art. 107º, constituem exemplos taxativos das situações em que as ajudas públicas são, ou podem ser, consideradas compatíveis com o MI, como por

---

<sup>2</sup> Na aceção de Abreu (2013: 313), apoiada no Ac. Comissão/França, de 30.1.1985, proc. 290/83, esta intervenção poderá ser proveniente do Estado ou de qualquer outra “*pessoa coletiva de direito público ou de direito privado sobre a qual o Estado exerça uma influência dominante (...), isto é, tenha atuado sob o controlo e instruções dos poderes públicos (...)* [sendo que, constitui necessariamente uma intervenção que] *provém de recursos estatais dirigidos a uma empresa ou várias empresas, públicas ou privadas, para que possam diminuir os seus encargos, não tendo estas que efetuar nenhuma prestação específica a favor do Estado.*”

<sup>3</sup> Note, todavia, que o conceito de AE não se encontra inexorável e intrinsecamente definido no Tratado, sendo certo que a opção pela indefinição conceptual, tanto por parte da doutrina, como da Comissão e Tribunal, parte “*provavelmente da impossibilidade de construir um conceito unitário de auxílio e, mesmo, da sua inutilidade ou até prejuízo, tendo em vista a razão de ser do seu controlo*”, cf., Porto & Almeida, 2010: 187.

<sup>4</sup> Contrariamente ao entendimento adotado por Winter (2004: 479), é hoje comumente aceite pelo TJUE e pela Comissão, a necessidade de preenchimento cumulativo dos requisitos “auxílios concedidos pelos Estados” e “provenientes de recursos estatais”. Vd o Ac. “Stardust Marine”, de 16.5.2002, proc. C-482/99.

<sup>5</sup> Cf., Rodger & MacCulloch, 2009: 341.

exemplo, os auxílios destinados à promoção de políticas de interesse comum, ou aptos a fomentar o desenvolvimento económico de regiões periféricas e menos desenvolvidas. Tratam-se assim de causas de derrogações ao princípio da incompatibilidade dos auxílios com o MI, que, no entanto, não iremos desenvolver.

Isto posto, o certo é que uma intervenção deste tipo, quer proveniente diretamente do Estado, quer de uma outra autoridade pública ou empresa privada sob o seu controlo, tem como consequência, direta ou indireta, a introdução de uma alteração ao normal funcionamento da economia, significando consequentemente um entrave à construção do MI<sup>6</sup> e ao aprofundamento do processo de integração económica da UE, implicando ainda o acarretamento de consequências nefastas para a concorrência interempresarial e comércio intracomunitário, assim como para a própria competitividade da economia europeia.<sup>7</sup>

Perante as razões invocadas resta acrescentar que, a regulamentação dos AE ao nível comunitário se figura como um instrumento pertinente e necessário, cujo objetivo principal é evitar que determinadas empresas, atividades, setores ou produções<sup>8</sup> sejam favorecidos com base em critérios injustos que se possam consubstanciar numa discriminação injustificada em detrimento de outras empresas, setores ou produções que não beneficiem de nenhuma ajuda por parte do Estado, e que, por isso, são prejudicadas.<sup>9</sup>

## 1.2. Auxílios de Estado sob a forma fiscal

---

<sup>6</sup> Como relembra Bellis (2009: 880), recai sobre os EM a obrigação de se absterem a adotar qualquer medida suscetível de pôr em perigo a realização dos objetivos da União (*ex vi legis* do art. 4º, n.º 3 do TUE), de entre os quais se encontra o “estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno”, estabelecido no art. 3º, n.º 1, al. b) do TFUE e cuja competência exclusiva reside na UE.

<sup>7</sup> Cf., Comissão Europeia, 2000: 30.

<sup>8</sup> Importa esclarecer que, de acordo com a jurisprudência estabelecida, o beneficiário do auxílio deve preencher o critério funcional de desempenho de uma atividade económica, que se materialize num real e efetivo fornecimento de bens e serviços.

<sup>9</sup> Vide neste sentido, Sauter & Schepel (2009: 193) que salientam que “*As regras dos Auxílios de Estado têm como intuito promover um «level playing field» no mercado interno através do combate à supressão da entrada a novos competidores no mercado, assim como evitar distorções à concorrência promovidas pelo favoritismo governamental através do recurso a despesa pública*”.

Situemo-nos agora numa específica subespécie de ajudas públicas. Inserida no vasto campo de aplicação do regime dos AE encontra-se a proeminente, complexa e muito debatida questão<sup>10</sup> dos auxílios, que, como afirma Santos<sup>11</sup>, podem derivar de uma intervenção indireta dos EM que, recorrendo a instrumentos próprios de implementação da política fiscal e poder tributário (relativamente ao qual ainda mantêm competência exclusiva<sup>12</sup>), prestam incentivos ou benefícios de natureza fiscal ou parafiscal a determinadas empresas, com o objetivo último de promover e implementar políticas de desígnio económico e social. Estamos assim perante Auxílios de Estado sob a forma fiscal também denominados por Auxílios Tributários.

Nas secções que se seguem analisar-se-ão de forma mais ou menos exaustiva os elementos constitutivos do conceito de AE tal como definidos no art. 107º, n.º 1 do TFUE<sup>13</sup>, na medida em que se demonstrem pertinentes para o nosso estudo centrado nos AE sob a forma fiscal.

### **1.2.1. Princípio da irrelevância da forma dos auxílios tributários**

De acordo com a jurisprudência assente, o art. 107º/1 estipula o requisito “independentemente da forma” seguindo uma *“lógica interpretativa lata [que permita] a aplicação do artigo a medidas fiscais nacionais, com o intuito de abranger*

---

<sup>10</sup> Neste contexto urge referir que a complexidade da figura dos AE sob a forma fiscal deriva mormente da conjugação de diversas problemáticas, desde logo, o facto de o regime dos AE – muitas das vezes considerado o parente pobre das regras da concorrência – tal como definido no Tratado, ser já de *per se* um verdadeiro “calcanhar de Aquiles”, dada a generalidade e indefinição dos critérios que o acompanham, e cuja objetividade não permite à Comissão dispor de qualquer margem discricionária na sua determinação (com exceção do art. 107º/3, como bem explicita Campos (2011: 298)); em segundo lugar a ausência de regras específicas (no Tratado) reguladoras dos auxílios tributários faz com que o seu acatamento por parte dos EM se torne uma “missão” tanto espinhosa quanto delicada, uma vez que, o facto de estar em causa um único tipo ideal de proibição (o do art. 107º/1), constitui um sério obstáculo à análise dos auxílios tributários tendo em conta a sua própria (e distinta) natureza, e respetivo enquadramento sistemático e constitucional. (Para melhor enquadramento *vd* Matsos, 2014: 491-499).

<sup>11</sup> Cf., Santos, 2003: 311.

<sup>12</sup> Como realça Panayi (2004: 283), o poder de implementação e regulação dos assuntos fiscais (quer internos quer internacionais) constitui um autêntico símbolo de soberania nacional, e por isso permanece zelosamente reservado ao poder discricionário dos EM; neste âmbito, a UE tem um papel meramente subsidiário, que visa apenas assegurar que as medidas fiscais são compatíveis com os princípios fundamentais definidos no Tratado.

<sup>13</sup> *Vd* Campos (2011: 293) que sublinha a este propósito o facto de o TJUE ter considerado no célebre Ac. Altmark, proc. C-280/00, § 74, que, para que uma ajuda pública fosse qualificada de auxílio seria perentoriamente necessário que todas as condições estabelecidas no n.º 1 do art. 107º se encontrassem preenchidas.

[potencialmente] *todos os benefícios que possam inserir-se no esquema tributário interno ou interestadual*".<sup>14</sup>

Dir-se-á assim que o Tribunal decidiu adotar um conceito e interpretação amplíssimos, com o objetivo de englobar na proibição geral, não apenas as típicas situações de auxílios positivos (como certos impostos, taxas, subsídios, benefícios fiscais<sup>15</sup> ou ainda determinadas contribuições financeiras), mas também as formas de auxílios negativos, como é o caso das deduções derogatórias, abatimentos, isenções fiscais, desagravamento de encargos, reescalonamento da dívida [<sup>16</sup>], entre outros engenhosos e sofisticados esquemas de que os EM abrem mão para atingir determinados objetivos.

Os auxílios tributários podem ainda apresentar-se sob a forma de fiscalidade indireta (tais como impostos especiais de consumo, imposto selo, entre outros) ou direta das empresas, sendo que é sobre estes últimos que nos iremos debruçar.

#### **1.2.1.1. Teoria dos efeitos**

O Tratado arroga-se desta “neutralidade da forma” precisamente pelo facto de que, tanto os ditos benefícios positivos ou incentivos (dimensão dinâmica), como as situações de renúncia a receitas fiscais que seriam legalmente devidas (dimensão estática), produzem efeitos idênticos sobre os recursos públicos dos EM, na medida em que ambas as situações implicam o seu “consumo”, representando portanto despesas fiscais.

Quer isto significar que *“o art. 107º não faz distinção entre medidas de intervenção estadual por referência às suas causas ou objetivos, mas antes em relação*

---

<sup>14</sup> Rossi-Maccanico, 2012b: 41.

<sup>15</sup> Na opinião de Pereira (2011: 91), *“os benefícios fiscais integram-se nas chamadas «despesas fiscais», representando um pagamento implícito feito pelos poderes públicos por intermédio de uma redução dos impostos a pagar ou seja, uma despesa pública feita através do sistema fiscal será o equivalente a um subsídio direto em dinheiro”*.

<sup>16</sup> Cf., Kronthaler, 2013: 103.

*aos seus efeitos, pelo que, a alegada natureza fiscal ou objetivo social de uma medida (...) não é suficiente para a excluir do âmbito de aplicação do art. ”.*<sup>17</sup>

Se atentarmos no desenvolvimento jurisprudencial que imediatamente se seguiu<sup>18</sup> ao acórdão fundador Itália contra Comissão de 1974, verificamos que o Tribunal tem entendido que, para efeitos de sujeição dos auxílios tributários ao princípio da incompatibilidade, o instrumento de técnica fiscal que os EM adotam para garantir um benefício a uma empresa ou grupo de empresas é totalmente irrelevante; o que é preponderante é a análise dos efeitos reais da medida nas empresas beneficiárias, bem como os efeitos negativos que se refletem na perda de receitas dos outros EM.<sup>19</sup>

### **1.2.2. “Concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais”**

Como faz notar Schön, *“em questões de fiscalidade, a livre concorrência não é garantida pela não-interferência dos poderes públicos”*.<sup>20</sup>

Ora esta asserção é tão clara quanto óbvia, na medida em que o requisito da imputabilidade ao Estado (em sentido amplo) da vantagem concedida é naturalmente preenchido, já que estamos perante políticas e decisões públicas e administrativas, no âmbito da fiscalidade, de aplicação nacional, regional ou local.

Por sua vez, o critério da proveniência (direta ou indireta) de recursos estatais envolvidos no “financiamento” da medida, que, como já apontamos *supra* (pt. 2) tem de se fazer verificar conjuntamente com a imputabilidade ao Estado, encontra-se preenchido *“quando se verifica uma redução da carga fiscal normalmente devida pelo beneficiário. De facto, a concessão de uma vantagem fiscal implica uma perda de recursos para o Estado, uma vez que este renuncia às receitas”*.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> Ac. Itália/Comissão, de 2.7.1974, proc. 173/73, § 13. Sumariamente, o caso versava sobre um esquema fiscal que beneficiava os trabalhadores do setor têxtil através da redução das contribuições para a Segurança Social; o TJUE considerou que a medida era um AE incompatível com o MI, porque seletiva e injustificada.

<sup>18</sup> *Vd inter alia* Ac. “Kimberly Clark Sopalin”, de 26.9.1996, proc. C-241/94, § 20 e Ac. Espanha/Comissão, de 12.10.2000, proc. C-480/98, § 16.

<sup>19</sup> Cf., Luján, 2000: 231.

<sup>20</sup> Schön, 1999: 920.

<sup>21</sup> *Vd* §18 do Relatório sobre a implementação da Comunicação da Comissão (de 10.12.1998, 98/C 384/03 - doravante Comunicação de 1998) sobre a aplicação das regras relativas aos auxílios estatais às medidas que respeitam à fiscalidade direta das empresas de 9.2.2004, C(2004)434 [doravante Relatório de Implementação].

A Comissão logrou ainda esclarecer, relativamente à noção de “recursos estatais”, que a mesma deve ser apreciada de forma completamente alheia ao objetivo económico ou socialmente relevante que a medida possa compreender em face das políticas e interesses públicos nacionais, caso contrário, qualquer vantagem deixaria de ser um auxílio desde que pudesse ser compensada pelo posterior aumento de receitas fiscais (*vd* Caixa n.º 3 do Relatório de Implementação).

Isto é assim porque o que está em causa é uma avaliação da medida no plano da União Europeia, tendo como pedra angular a defesa da concorrência no MI contra a atuação dos próprios EM, pelo que, a avaliação da medida com base em critérios jurídicos e objetivos próprios e internos aos EM inviabilizaria por completo a análise do auxílio de acordo com o principal propósito – a proibição das distorções da concorrência.<sup>22</sup>

Somos então levados a concordar com a posição adotada por Gonçalves, segundo a qual *“parece-nos óbvio, que a diminuição de receitas obtidas com o imposto sobre as pessoas coletivas implica forçosamente uma forma de financiamento, quer pelo aumento de outras receitas, quer pela diminuição das despesas”*.<sup>23</sup>

### **1.2.3. Requisito da vantagem**

O conceito de vantagem, que não se encontra definido no Tratado, é, como já nos foi possível esclarecer, mais abrangente que os típicos subsídios, e compreende medidas que proporcionam aos seus destinatários um benefício destinado à redução de encargos que normalmente oneram os respetivos orçamentos<sup>24</sup>, ou, por outras palavras, *“para classificar como AE uma transferência de recursos estatais a uma empresa [ou grupo de empresas], é necessário que o beneficiário em questão tenha obtido através da mesma, uma vantagem económica especial que não havia obtido mediante o desenvolvimento normal da sua atividade”*.<sup>25</sup>

A vantagem deve ser apreciável em termos económicos, na medida em que favorece determinadas empresas ou produções em detrimento de outras, colocando-as

---

<sup>22</sup> Cf., Santos, 2003: 397.

<sup>23</sup> Gonçalves, 2012: 51.

<sup>24</sup> Cf., Engelen & Gunn, 2012: 140.

<sup>25</sup> Guío, 2012: 102.



numa situação concorrencial preferencial; isto é, de acordo com a jurisprudência consolidada, a vantagem auferida deve ser extraordinária em relação às condições normais de mercado<sup>26</sup>, ou, mais precisamente, tem de estar em causa uma medida excecional que se afaste do sistema de tributação-regra tal como estabelecido num ordenamento jurídico.

Assim, o aspeto fundamental a ter em conta aquando da análise do benefício proporcionado, é precisamente a identificação do concreto regime jurídico de referência, constituído por um conjunto coerente e objetivo de regras aplicáveis de forma geral a todas as empresas (abrangidas pelo seu âmbito de aplicação) situadas no território de um EM. Destarte, só após a determinação desse sistema/ método normal de tributação é que será possível classificar uma medida como vantajosa (ou não), bem como identificar as consequências da aplicação da mesma no contexto desse sistema.<sup>27</sup>

A demarcação entre este critério e o requisito da seletividade (seguidamente analisado) nem sempre é clara ou de fácil abordagem, sendo certo que, mesmo a prática da Comissão e do TJUE tem conduzido, não raras vezes, à sobreposição (ou tratamento simultâneo) dos conceitos, aquando da aferição da existência de vantagem e seletividade, induzindo, consequentemente à confusão e má interpretação dos conceitos.

Todavia, sentimos a necessidade de esclarecer que, muito embora na análise da seletividade também se tenha em conta o escrutínio do sistema geral compulsório de contribuições imposto por lei (como a seguir comprovaremos) essa análise faz-se (ou devia fazer-se) em diferentes estádios do exame do auxílio. Assim sendo, é primeiramente necessário determinar se a medida é vantajosa, no sentido em que se apresenta como um “desvio” relativamente ao sistema tributário geral<sup>28</sup>, e só posteriormente é que será possível - através da comparação com o sistema geral - apreciar a medida mediante a suscetibilidade de se aplicar somente a um grupo mais ou menos restrito de empresas ou produções.

---

<sup>26</sup> De acordo com o par. 67 do Projeto de Comunicação da Comissão sobre a noção de auxílio estatal nos termos do art. 107º/1 do TFUE, de 2014 [a seguir Projeto de Comunicação], sempre que a empresa usufrua de um benefício económico que, na ausência da intervenção estatal, não teria obtido, então é possível concluir que lhe foi garantida uma vantagem. Doc. disponível para consulta em <[http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014\\_state\\_aid\\_notion/draft\\_guidance\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_pt.pdf)>.

<sup>27</sup> Cf., López, 2010: 808-809.

<sup>28</sup> Vd a propósito, Rossi-Maccanico (2007b: 95), “A vantagem fiscal só existe quando uma determinada situação deva ser taxada sob a inerente lógica (princípios básicos ou diretrizes genéricas) do regime geral do sistema fiscal”; quer isto significar que, no contexto da tributação direta, a vantagem deve ser determinada com referência ao montante do imposto que seria normalmente cobrado.

Como nota, aliás, López “*o simples facto de uma medida se afastar do sistema de tributação geral, não significa que é seletiva de «per se»*”<sup>29</sup>, isto porque podem estar em causa medidas de aplicação geral que conduzem à atribuição de uma vantagem em termos de depreciação fiscal, mas não são seletivas pois estão efetivamente abertas a todos os agentes económicos, como por exemplo, regras de amortização e depreciação acelerada.

#### **1.2.4. Requisito da seletividade**

O critério da seletividade, é, de entre os restantes, aquele que, no âmbito da fiscalidade, requer atenção redobrada e criteriosa para efeitos da análise do auxílio, dada a conjugação de fatores como a inerente complexidade e imprecisão conceptual e o papel fundamental que representa na aceção da ajuda fiscal<sup>30</sup>, cujo estudo teórico-prático continua, ainda hoje, a levantar as mais melindrosas e sensíveis problemáticas, as quais têm dado origem a um vasto leque de propostas de reforma conceptual e paradigmática.

Como tal, um apoio é seletivo quando “*confere uma vantagem a certas empresas, ou certos setores de atividade, ou a empresas localizadas em regiões específicas*”<sup>31</sup>, pelo que, nos é desde já possível estabelecer uma divisão entre a seletividade geográfica, regional ou territorial e a seletividade material.<sup>32</sup>

##### **1.2.4.1. Seletividade material**

Uma vez que este critério lida com a questão de determinar se uma medida de natureza fiscal, ou mais rigorosamente, um tratamento fiscal preferencial, favorece apenas certas empresas ou produções, é, desde logo possível estabelecer uma demarcação entre dois diferentes grupos: o das empresas que são beneficiárias da medida, e o das que

---

<sup>29</sup> López, 2010: 809.

<sup>30</sup> Vd a opinião assertiva de Rossi-Maccanico (2004: 236), que considera que “*o critério da seletividade é, mais do que qualquer outro elemento dos AE, aquele que se apresenta como o cerne da identificação das medidas de AE relacionadas com a tributação direta das empresas*”.

<sup>31</sup> Comissão Europeia, 2014; 7.

<sup>32</sup> A Comissão demarca expressamente, no Relatório de Implementação, a possibilidade de apreciação da seletividade em dois diferentes contextos: regional e material; por motivos de demarcação analítica e concetual proposta, apenas aprofundaremos a seletividade material.

não o são. Desta feita, importa esclarecer que a única forma idoneamente capaz de distinguir os diferentes grupos consiste em determinar se está em causa uma seletividade *de iure* ou *de facto*.<sup>33</sup>

Enquanto a primeira diz respeito às medidas garantidas pelas autoridades competentes, que explicitamente as limitam a determinadas empresas, a segunda, pelo contrário, engloba medidas que não estando [*a priori*] formalmente limitadas a certas categorias de empresas ou setores de atividade (também denominados de auxílios sectoriais), na prática tendem a aplicar-se [efetivamente] a um número limitado de empresas com características comuns, sendo portanto seletivas<sup>34</sup>.

Assim, sempre que do esquema de implementação e execução de uma medida geral resultem condições ou requisitos objetivamente delimitadores do seu próprio escopo, pode levantar-se a questão da presença de seletividade.<sup>35</sup>

A Comissão aponta, no Relatório de Implementação (ponto 27), duas típicas situações que potencialmente se enquadram na seletividade material *de facto*, designadamente quando estão em causa empresas de grande dimensão e vasto volume de negócios ou casos de implantação geográfica num determinado número de países estrangeiros, mormente as empresas multinacionais.

#### **1.2.4.2. Importância da demarcação entre medidas gerais e seletivas**

Tal como já nos foi possível observar, no momento da análise do requisito da vantagem, a identificação do sistema geral de tributação ocupa um importante papel na determinação do benefício que mitiga encargos normalmente suportados pelas empresas.

---

<sup>33</sup> Comparar Drabbe, 2012: 89.

<sup>34</sup> Citamos a este propósito a esclarecedora asserção adiantada por Micheau (2015: 325), segundo a qual, “*Por outras palavras, os regimes fiscais que são elaborados em termos gerais podem ser planeados de tal forma que apenas determinadas empresas [que reúnam certas condições] possam beneficiar dos mesmos*”.

<sup>35</sup> Note, porém, que não se pretende estabelecer uma “tábua rasa” deste lastro interpretativo, uma vez que da concreta análise de uma medida tendencialmente geral poderá resultar que a mesma, apesar de se dirigir a determinados setores/ empresas, não configura um auxílio; isto porque há certas situações, como por exemplo os incentivos fiscais para I&D ou em favor do investimento na formação, que somente beneficiam as empresas que decidem empreender nestes domínios e não constituem, em princípio, AE. (cf., § 14 da Comunicação de 1998).

Sem embargo, aquando da avaliação da seletividade, também se afigura fundamental estabelecer uma “linha de divisão” entre o sistema de referência e as medidas específicas que dele derivam, ainda que constitua uma tarefa árdua ultrapassar as inerentes dificuldades deste processo, dado que nem sempre a tributação-regra nacional é imediatamente evidente num contexto de grande liberdade, autonomia e discricionariedade dos EM na definição e aplicação prática dos seus sistemas tributários e técnicas legislativas utilizadas.

Com efeito, as medidas que se aplicam automática, efetiva e indistintamente a todos os agentes económicos que operam num EM<sup>36</sup> não são, em princípio, seletivas e portanto classificadas como “não-auxílio”.

Pelo contrário, as medidas que criam uma diferenciação discriminatória injustificada entre empresas que se encontram numa situação legal e factualmente comparável, podem cair no âmbito de aplicação do art. 107º/1, não relevando para o efeito (de demarcação entre a seletividade ou generalidade da medida) o número de empresas, setores<sup>37</sup> ou produções abrangidas (pela medida), nem o tamanho ou diversidade dos setores de atividade económica<sup>38</sup>, ou mesmo o possível carácter temporário desta.

A própria Comissão não tem sido clara quanto à definição do âmbito de aplicação e extensão do critério da seletividade (optando antes por adotar uma visão alargada da noção<sup>39</sup>) precisamente porque é impossível defini-lo de um modo abstrato e imparcial, dada a heterogeneidade dos regimes fiscais nacionais vigentes nos EM e as diversas formas e natureza que as derrogações a esse sistema podem assumir, sendo certo que só uma análise casuística, e “para além do texto da lei”<sup>40</sup>, permite descortinar a seletividade ou generalidade da medida em causa.

Destarte, a importância do estabelecimento de uma fronteira entre medidas seletivas e gerais - que se compadece com a necessidade de uma limitação conceptual do requisito da seletividade (que, como vimos é demasiado amplo) - tem, em nosso entender,

---

<sup>36</sup> Cf., Rydelski, 2010: 150 ss.

<sup>37</sup> O Tribunal considerou em 2004 no Ac. Espanha/Comissão, proc. C-501/00, que a dedução fiscal aplicada unicamente a empresas exportadoras configurava uma medida seletiva porque, mesmo dizendo respeito a um setor económico por inteiro, discriminava as empresas que não tinham atividade exportadora.

<sup>38</sup> Vd o Ac. Bélgica/Comissão, de 17.6.1999, proc. C-75/97, § 32 e Ac. do TPI, CETM/Comissão, de 29.9.2000, proc. T-55/99, § 40.

<sup>39</sup> Cf., Santos, 2003: 207-208, “*Para além disso, a Comissão tem muitas vezes tendência para alargar o seu poder de supervisão a certas medidas (aparentemente) gerais por entender que da sua aplicação poderia resultar uma opacidade acrescida*”.

<sup>40</sup> Cf., Micheau, 2008: 277.

especial enfoque nos casos em que a Comissão e o TJUE “caem no erro” de levar a cabo uma análise demasiado pretensiosa do requisito da seletividade.

Isto é assim porque, muito embora concordemos que é primordial para a prossecução de determinadas políticas europeias uma certa prudência na supervisão e controlo das medidas estatais, por outro lado, entendemos que esta avaliação está demasiado “formatada”, ou seja, embora teoricamente o Tribunal admita que há medidas que são efetivamente gerais, a verdade é que, na prática, estas são “quase sempre” consideradas seletivas, deixando grande margem de incerteza legal para a atuação dos EM, no sentido de se saber quais são as características que uma medida geral deve ter<sup>41</sup>, perdendo-se assim a pretensa objetividade do conceito de auxílio, e podendo cair-se no exagero de se escrutinar todas as decisões e políticas económicas dos EM.<sup>42</sup>

#### **1.2.4.3. Teste da seletividade**

Relativamente às medidas fiscais relacionadas com a tributação direta das empresas, a Comissão adotou (embora implicitamente) na Comunicação de 1998, um método de determinação da seletividade (*Three Step Analysis*) demarcado por três passos/etapas<sup>43</sup>, que têm de se encontrar obrigatoriamente preenchidos para que seja possível comprovar a seletividade da medida em causa. Assim:

- 1º Passo: Identificar o sistema de tributação geral aplicável a empresas que estão numa situação legal e factual comparável, à luz dos objetivos da medida

Enfatizando novamente a necessidade de identificação do sistema fiscal normalmente aplicável, e tendo em conta que esse sistema de referência “constitui o

---

<sup>41</sup> Cf., Kurcz & Vallindas, 2008: 175-177.

<sup>42</sup> Vd a opinião do AG Poiars Maduro no Ac. Enirisorse SpA, de 23.3.2006, proc. C- 237/04, §§ 45-46.

<sup>43</sup> Note todavia que, no entendimento de alguns autores, e de acordo com determinados acórdãos, o teste de seletividade é efetivado em apenas dois momentos, isto é, primeiro é analisado se uma dada medida constitui uma exceção à aplicação do sistema tributário geralmente aplicável - a chamada “*prima facie selectivity*” - sendo que o ónus de prova cabe à Comissão, e num segundo e último estágio compete ao EM demonstrar se a exceção pode ser justificada pela natureza ou economia geral do sistema em que se inscreve. Cf., Prek & Lefèvre, 2012: 336; na jurisprudência *vd inter alia*, Ac. Paint Graphos e outros, de 8.9.2011, procs. apensos C-78/08 a C-80/08, § 49.

quadro segundo o qual a seletividade de uma medida é avaliada (...) [bem como] define os limites para analisar se determinadas empresas beneficiam de uma derrogação às regras normais (...) e por conseguinte são tratadas de forma vantajosa em relação a outras empresas sujeitas às regras gerais do sistema”<sup>44</sup>, dir-se-á que se figura imperativo determinar se efetivamente uma determinada medida derrogatória favorece um grupo de empresas em detrimento de outras relativamente às quais é possível identificar uma conjuntura/ situação legal e factual comparável, à luz do concreto objetivo da medida em questão.

Foi esta a conclusão a que o Tribunal chegou em 2001, quando no célebre acórdão *Adria-Wien Pipeline*<sup>45</sup> considerou que um esquema legal adotado pela Áustria, que preconizava a redução de taxas sobre o consumo de eletricidade e gás aplicável unicamente a empresas produtoras de bens corpóreos (excluindo as empresas prestadoras de serviços), era seletivo, e como tal constituía um AE, na medida em que a introdução de um tratamento diferenciador entre empresas que se encontravam numa situação legal e factual comparável, não era passível de se justificar pela pretensa justificação ecológica (aduzida pelo estado austríaco), já que a atividade desenvolvida por ambos os grupos consumia energia e danificava o ambiente de igual forma.

Apesar de o governo ter introduzido, posteriormente, uma alteração à medida na qual passava a estender a isenção de imposto a ambos os sectores (primário e secundário), a Comissão não deixou de a considerar seletiva uma vez que a desoneração da carga fiscal normal era limitada unicamente às empresas cujo consumo de energia excedesse 0.35% do valor líquido da produção, logo, apenas tinha condições de favorecer as empresas de consumo intensivo de energia e excluía quaisquer outras empresas austríacas que, apesar de terem um baixo consumo energético, se “*enquadrariam numa específica categoria determinada pela aplicação, legal ou factual, do critério estabelecido pela medida em questão*”<sup>46</sup>, aquilatada à luz dos objetivos da medida, pelo que a discriminação era injustificada.

---

<sup>44</sup> Vd § 132 do Projeto de Comunicação. No par. 134 a Comissão esclarece ainda que, no caso dos impostos, a construção do sistema de referência baseia-se em elementos como a matéria coletável, os sujeitos passivos, o facto gerador do imposto e as taxas de imposto.

<sup>45</sup> Vd Ac. *Adria-Wien Pipeline GmbH* de 8.11.2001, proc. C-143/99, § 41.

<sup>46</sup> Ac. do TPI, *Salzgitter/Comissão*, de 1.7.2004, proc. T-308/00, § 38.

Como afirma Romariz<sup>47</sup>, neste caso o Tribunal reconheceu pela primeira vez que os objetivos prosseguidos pelos EM são decisivos para a avaliação da seletividade material de uma medida, chamando assim à colação a necessidade de analisar as causas e objetivos da intervenção estadual, o que claramente contrasta com a aclamada teoria dos efeitos que exalta a irrelevância das causas e objetivos da medida e destaca os seus efeitos.

Acolhemos a posição adotada por Prek e Lefèvre<sup>48</sup>, que observam que o principal propósito da tomada em consideração dos objetivos da medida na determinação da seletividade, é precisamente o facto de facilitar a delimitação do “círculo” de empresas relativamente às quais se deverá comparar o tratamento de que são alvo.

- 2º Passo: Determinar se a medida constitui uma derrogação ou exceção relativamente ao sistema geral tributário de referência

Nesta segunda fase deve avaliar-se se o regime fiscal em concreto é uma adaptação do sistema geral de referência na medida em que diferencia os operadores económicos, ou, por outras palavras, é necessário estabelecer-se uma comparação entre medidas que conferem um tratamento preferencial a certas empresas, e o sistema geral relativamente ao qual tais medidas serão avaliadas. Da análise da evolução jurisprudencial é-nos possível destacar dois sistemas ou testes que permitem estabelecer esse marco diferenciador, designadamente o teste da comparação e o teste da derrogação.

De acordo com o sistema da comparação importa averiguar se duas ou mais empresas que se encontram numa situação legal e factual similar e comparável, são alvo de tratamentos fiscais diferentes à luz dos objetivos da medida, sendo certo que o sistema de referência relativamente ao qual a comparabilidade deverá ser avaliada, diz sempre respeito a um dado ato legal nacional.<sup>49</sup> Por sua vez, no domínio do teste da derrogação, uma medida é seletiva quando constitui uma exceção à aplicação do sistema tributário geral, partindo-se do princípio que a mesma deriva desse sistema.

---

<sup>47</sup> Cf., Romariz, 2014: 42.

<sup>48</sup> Cf., Prek & Lefèvre, 2012: 340.

<sup>49</sup> Cf., Bartosch, 2009: 433.

No parágrafo 16 da Comunicação de 1998, a Comissão confirma este método como a abordagem mais apropriada para avaliar a seletividade, quando refere que uma medida é seletiva sempre que da sua execução (mais ou menos arbitrária<sup>50</sup>) resulte, para certas empresas situadas num EM, uma exceção à aplicação do regime fiscal comum.

Não obstante as dissemelhanças que, teoricamente, os dois métodos fazem transparecer, adotamos neste contexto a perspicaz análise elaborada por Micheau<sup>51</sup>, que, baseada no entendimento adotado pelo Tribunal em alguns casos<sup>52</sup>, nos explica que não estão em causa dois testes distintos, mas antes um único teste descrito de maneiras diferentes. Segundo a autora, uma vez que o cerne do teste da derrogação reside em distinguir o sistema geral da medida derrogatória, é perentório que se estabeleça uma comparação entre os tratamentos fiscais no âmbito do regime geral e de acordo com a medida derrogatória, sendo certo que, no caso de ser possível identificar diferenças entre ambos, então a medida constitui uma derrogação do sistema geral.

- 3º Passo: Verificar se a medida pode ser justificada pela natureza ou lógica do sistema de que é parte

Nesta última fase são tomados em consideração as políticas, princípios orientadores e objetivos prosseguidos pelo sistema geral de tributação no qual a medida se insere, desencadeando uma derradeira análise baseada no critério da justificação de acordo com o qual *“uma derrogação deve ser justificada por referência a certas características do sistema do qual deriva, de modo a evitar ser classificada auxílio de Estado”*<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> De acordo com os §§ 21 e 22 da Comunicação de 1998, a maior ou menor margem de discricionariedade de que as autoridades administrativas (que têm a seu cargo a implementação da medida adotada pelo EM) dispõem, constitui um elemento essencial na determinação do carácter derrogatório da medida, uma vez que o poder discricionário que é conferido às autoridades domésticas traduz uma presunção de seletividade dada a “margem de manobra” que detêm na execução de medidas tendentes a favorecer certas empresas, mediante a concessão de vantagens fiscais seletivas. Vd Ac. Ecotrade Srl, de 1.12.1998, proc. C-200/97, § 40 e, a contrario, o Ac. Espanha/Comissão de 15.7.2004, proc. C-501/00, § 121, no qual o Tribunal afirma que o poder discricionário não é *conditio sine qua non* para “demonstrar o carácter seletivo (...) da dedução fiscal em causa”.

<sup>51</sup> Vd Micheau, 2015: 330 e Micheau & Brousse, 2012: 159.

<sup>52</sup> Vd o Ac. Bélgica/Comissão de 1999, proc. C-75/97, § 26, no qual o Tribunal confirma a aplicação do mesmo teste de acordo com a configuração tradicional e jurisprudência constante.

<sup>53</sup> Quigley, 2012: 114.



Assim sendo, caso a medida seja justificada pela natureza interna ou economia do sistema, então não é seletiva - porque é alvo de um tratamento fiscal específico justificável - e consequentemente não se considera AE.

Adotado pela Comissão<sup>54</sup> e pelo TJUE<sup>55</sup> por diversas ocasiões e desde muito cedo, o critério da justificação pela natureza do sistema constitui expressamente um argumento válido para legitimar as medidas fiscais de carácter derogatório, e caracteriza-se por ser um “escape” que propicia a atuação dos EM de acordo com a própria soberania e autonomia na definição das políticas fiscais e económicas nacionais, sobretudo nas matérias em que não existe harmonização ao nível da UE<sup>56</sup> ou relativamente às quais opera o princípio da subsidiariedade.<sup>57</sup>

Para que seja possível aos Estados introduzir uma medida fiscal que possa, razoável e pertinentemente, justificar a diferença de tratamento de situações comparáveis, a Comissão estabeleceu no par. 26 da Comunicação de 1998 uma demarcação entre os objetivos extrínsecos ao sistema, nomeadamente de índole social, cultural, ambiental e económica, e objetivos intrínsecos que são inerentes ao respetivo sistema fiscal e tributário em si mesmo, e cuja racionalidade (económica) os torna necessários para o funcionamento e eficácia do sistema; de acordo com o Relatório de Implementação (ponto 35), só estes últimos são aceites como justificantes da seletividade material.

Assim, tanto a Comissão como o Tribunal têm legitimado como causas justificativas aquelas que se baseiam no princípio da neutralidade fiscal e no combate à evasão fiscal, entre outras; no entanto, são muito mais comuns, na prática jurisprudencial, os casos de não justificação pela lógica interna do sistema, como por exemplo, a aplicação de diferentes taxas a distintos sectores unicamente porque não concorrem entre si, ou

---

<sup>54</sup> *Vd* §§ 16 e 23-27 da Comunicação de 1998.

<sup>55</sup> *Vd* a título de exemplo o Ac. Ladbroke/Comissão, de 9.12.1997, proc. C-353/95 P, § 34.

<sup>56</sup> Salienta-se neste âmbito o emblemático e inovador Ac. do TPI British Aggregates/Comissão, de 13.9.2006, proc. T-210/02, § 115, no qual o Tribunal argumentou que a falta de harmonização comunitária ao nível de medidas protecionistas do ambiente, conduzia a que cada EM fosse livre de balançar os próprios interesses e estabelecer as suas prioridades, bem como (no caso em concreto) definir quais as empresas ou produções que deveriam sujeitar-se à medida nacional que, especificamente, criava um sistema de imposto ecológico a ser suportado apenas pelo setor de materiais granulados “virgens” e já não pelos restantes setores de pedreiras e minas, nomeadamente os produtores de materiais reciclados, com o mesmo impacto ambiental. Note todavia que em 2008, no recurso da decisão (proc. C- 487/06 P, §§ 83 a 87), o Tribunal de Justiça refutou a argumentação utilizada em 1ª Instância e voltou a abrir mão da abordagem da doutrina dos efeitos (que já há algum tempo ocupava um “lugar” meramente residual) para aferir a seletividade da medida, postergando a relevância das causas e objetivos prosseguidos. *Vd*, no mesmo sentido, o não menos importante Ac. do TPI Holanda/Comissão, de 10.4.2008, proc. T-233/04, § 88 e o respetivo recurso de anulação Ac. “Dutch NOx”, de 8.10.2011, proc. C-279/08P, § 63.

<sup>57</sup> *Cf.*, Roch, 2006: 8.

ainda a necessidade de reforçar a competitividade internacional e posição concorrencial das empresas beneficiárias.

Finalmente, urge apenas esclarecer que, no que concerne à liberdade dos EM em definir os objetivos que possam eventualmente afastar o carácter seletivo da medida, não se tem afigurado fácil encontrar um justo equilíbrio entre os objetivos permitidos, tidos como “bons” objetivos, e os “maus” objetivos - como por exemplo a compensação das desvantagens resultantes das disparidades fiscais internacionais<sup>58</sup> - que por sua vez não são, *prima facie*, aptos a justificar a atribuição de uma vantagem seletiva.<sup>59</sup>

Não obstante, a jurisprudência recente tem admitido que, adicionalmente, deve proceder-se a uma análise da proporcionalidade da medida (de acordo com os objetivos que inculca) - o chamado teste de proporcionalidade<sup>60</sup> - que procurará avaliar se as isenções fiscais, e outras vantagens fiscais seletivas, outorgadas pelas entidades administrativas estaduais são consistentes com o princípio geral da proporcionalidade, “*e não excedem os limites do que é necessário, no sentido de que o objetivo legítimo prosseguido não pode ser atingido por medidas de menor alcance*”<sup>61</sup>.

É então por estes motivos que cada vez mais se sente a necessidade de limitar o domínio deste conceito “excessivamente amplo” de seletividade, de modo a que os EM consigam ter condições para conduzir livremente os próprios desígnios do ponto de vista do planeamento fiscal, mas sempre tendo em consideração os princípios fundamentais e prossecução de objetivos, políticas e estratégias de livre e leal concorrência da UE.

### **1.2.5. Efeitos sobre o comércio e concorrência intracomunitários**

O último requisito<sup>62</sup> a ter em conta é o da afetação real, ou simples ameaça<sup>63</sup>, da concorrência e trocas comerciais entre os EM. A Comissão refere no Relatório de

---

<sup>58</sup> Vd o caso Itália de 1974, §§ 44-45.

<sup>59</sup> Cf., Bartosch, 2011: 187.

<sup>60</sup> Para mais desenvolvimentos vd Lang, 2009:110-113.

<sup>61</sup> Ac. Paint Graphos cit. pt. 47, § 75.

<sup>62</sup> Em bom rigor, dir-se-á que estão em causa dois critérios, o da afetação das trocas entre os EM e do falseamento da concorrência, mas, tanto a Comissão como o TJUE têm-nos tratado em conjunto uma vez que estão inextricavelmente ligados.

<sup>63</sup> Note que, relativamente às trocas comerciais, a redação legal do art. 107º/1 não faz referência explícita à mera suscetibilidade de afetação das mesmas; no entanto, acompanhamos a interpretação formulada por Campos (2011: 419), segundo o qual, em virtude do sistema de controlo da concessão de auxílios tal como

Implementação (ponto 21) que o simples facto de o auxílio reforçar a posição de uma empresa em relação às outras empresas concorrentes no comércio intracomunitário, permite concluir que este foi afetado.

Assim, após se ter chegado à conclusão de que uma medida é seletiva, “a *distorção da concorrência segue-se como uma consequência, desencadeando a aplicação do 107º/1*”<sup>64</sup>, sendo que este critério da afetação da concorrência e trocas comerciais não é sequer sujeito a uma análise real e efetiva por parte do Tribunal.<sup>65</sup>

### 1.3. Código de Conduta sobre a fiscalidade direta das empresas

Como já nos foi possível esclarecer (vd pt. 12), os EM conservam o poder de autoridade (*ius imperii*) na definição da legislação nacional em matéria de fiscalidade direta, estando apenas proibidos de atentar contra os princípios fundamentais definidos no Tratado.

Como tal, a proibição geral constante do regime dos AE, tem, no âmbito da fiscalidade, o objetivo de eliminar (ou pelo menos mitigar) a concorrência fiscal prejudicial e promover a boa governação interestadual e interinstitucional.<sup>66</sup>

Inserido nesta linha de pensamento, em Dezembro de 1997 foi aprovado pelo Conselho ECOFIN um conjunto de conclusões a que se deu o nome de “Código de Conduta da fiscalidade das empresas” (doravante apenas “Código”), no qual os EM se comprometeram, de modo não vinculativo<sup>67</sup>, com o aumento dos esforços no concernente à reversão e abstenção na tomada de medidas que pudessem constituir concorrência fiscal prejudicial, bem como na promoção da concorrência leal intracomunitária e estímulo à ação coordenada no combate aos efeitos prejudiciais da concorrência fiscal.

---

regulado no art. 108º, a definição legal estabelecida pelo art. 107º/1 deve compadecer-se com uma “*previsível afetação das trocas comerciais*”.

<sup>64</sup> Vilaça, 2009: 444.

<sup>65</sup> Cf., Micheau, 2011: 207.

<sup>66</sup> Tal como aponta Costa (2005: 8), a concorrência não é um fenómeno exclusivamente económico, mas também se manifesta ao nível da ação institucional, e em particular no que à ordem jurídica de cada EM diz respeito, acarretando importantes efeitos na criação de condições de competitividade das empresas.

<sup>67</sup> O Código de Conduta consiste numa resolução voluntária, que respeita a um compromisso meramente político, logo, não se trata de uma diretiva nem tem força vinculativa - é um mecanismo de *soft law*. Cf., Liebman, 2003: 120.

Destacamos particularmente, e no que respeita à concessão de Auxílios Tributários, o Ponto J do Código que constituiu uma verdadeira pedra-de-toque na tomada de uma atitude intervencionista por parte da Comissão, que, um ano mais tarde, procedeu à elaboração da supracitada Comunicação de 1998 - que no fundo se consubstanciou numa consolidação da jurisprudência estabelecida até então - e veio no sentido de dar aplicabilidade prática ao Código, uma vez que “*sentiu-se a necessidade de estabelecer um «level playing field» na concessão de incentivos que têm como principal objetivo criar condições favoráveis à atração de empresas multinacionais, assim como limitar as mais proeminentes distorções fiscais*”<sup>68</sup> de modo a fomentar o funcionamento sã do MI e reforçar o controlo dos AE que incidam sobre a fiscalidade direta das empresas.

### **1.3.1. Critério da concorrência fiscal prejudicial**

A concorrência fiscal prejudicial consiste no “*aumento da posição concorrencial relativa de um país através da redução da carga fiscal, tendo como principal objetivo a fixação ou atração dos investidores estrangeiros e os correspondentes rendimentos tributáveis (...) à custa das receitas fiscais de outros países*”<sup>69</sup>, e engloba estratégias agressivas de redução de impostos que podem afetar significativamente a localização da atividade empresarial na UE, e que por norma estão ligadas a regimes fiscais preferenciais ou privilegiados.

Como refere Monti<sup>70</sup>, os efeitos negativos da concorrência fiscal prejudicial - nomeadamente o fomento do planeamento fiscal agressivo e abusivo<sup>71</sup> e o cenário do “*race to the bottom*” - constituem uma ameaça para as receitas tributárias dos EM, sendo que, em nossa opinião, os maiores riscos encontram-se nas medidas específicas derogatórias aplicáveis a corporações e setores internacionalmente móveis, as multinacionais.

---

<sup>68</sup> Rossi-Maccanico, 2011: 208.

<sup>69</sup> Dirix, 2013: 233.

<sup>70</sup> Vd Monti, 1999: 208.

<sup>71</sup> Vd § 2 da Recomendação da Comissão relativa ao Planeamento Fiscal Agressivo, de 6.12.2012, C(2012)8806, na qual se considera que o mesmo consiste “*em tirar partido dos aspetos técnicos de um sistema fiscal ou das assimetrias existentes entre dois ou vários sistemas fiscais, a fim de reduzir as obrigações tributárias. Pode assumir diversas formas (...) e ainda, constitui uma prática que, apesar de estritamente legal, contraria o espírito da lei.*”

No que à atribuição de AE diz respeito, a Comissão esclarece no par. 30 da Comunicação de 1998 que a qualificação de uma medida fiscal como prejudicial no âmbito do Código, é independente da sua classificação como AE, pois, apesar de o objetivo geral de redução das distorções da concorrência no MI ser comum a ambos os sistemas, os critérios previstos num e noutro não coincidem (*vd* alínea B do Código, que enumera uma lista não exaustiva dos critérios utilizados na avaliação do carácter prejudicial da medida), e, além do mais, enquanto as regras sobre AE previstas no Tratado têm em vista a concorrência interempresarial, as do Código visam apenas a concorrência fiscal interestadual.

Sem embargo, cremos que tem particular importância a fiscalização de medidas que “se desviam” do sistema nacional de referência, de uma “maneira prejudicial”<sup>72</sup>, mormente no que a certos tipos de desagravamento fiscal concedidos a atividades internas dentro de um grupo multinacional diz respeito<sup>73</sup>, tendo sempre em conta os seus efeitos especialmente negativos sobre a concorrência e o comércio (*vd* § 33 da Comunicação de 1998).

Entre nós, o autor Carlos Rodrigues<sup>74</sup> vai mais longe e admite que a análise (para efeitos do art. 107º/1) das medidas fiscais potencialmente nocivas à luz do Código, constitui uma forma de o regime dos AE passar a ser utilizado como uma sanção às medidas que possam assumir-se como prejudiciais no âmbito do Código, ganhando o mesmo uma nova força jurídica.

### **1.3.2. A perspectiva da OCDE – aplicação do Princípio da Plena Concorrência**

No Relatório Final elaborado pelo Grupo do Código de Conduta, também denominado de “Grupo Primarolo” (criado pelo Conselho da UE em 1998 para proceder à avaliação das medidas suscetíveis de serem abrangidas pelo Código e apresentado ao Conselho ECOFIN em Novembro de 1999), reconheceu-se a transposição de princípios

---

<sup>72</sup> *Vd* Szudoczky & Streek, 2010: 275.

<sup>73</sup> Concordeamente *vd* Rossi-Maccanico, 2012b: 44.

<sup>74</sup> Rodrigues, 2008: 89-90.

e diretrizes constantes em relatórios emitidos pela OCDE<sup>75</sup>, nomeadamente a aplicação do Princípio da Plena Concorrência (*arm's length principle*) que encontra a sua expressão máxima na problemática da determinação dos preços de transferência entre entidades vinculadas pertencentes a grupos multinacionais.

Deste modo, ao afirmar-se que os parâmetros e princípios da OCDE devem ser tidos em linha de conta aquando da avaliação de práticas fiscais prejudiciais, está-se a aceitar que, qualquer medida existente nos EM que não se encontre de acordo com tais preceitos - e como tal possa apresentar-se como uma vantagem a certas empresas permitindo-lhes uma sobrevalorização ou infravalorização dos preços de bens ou serviços transacionados entre as empresas pertencentes a um mesmo grupo<sup>[76]</sup> - pode considerar-se uma prática fiscal prejudicial e eventualmente analisar-se sob o prisma do regime dos AE, caso tenha um carácter seletivo.

---

<sup>75</sup> Nomeadamente o Relatório para as Práticas da Concorrência Fiscal Prejudicial, de 1998 e as Diretrizes relativas aos Princípios aplicáveis em matéria de Preços de Transferência em favor de empresas Multinacionais e das Administrações Fiscais, de 1995. O primeiro documento encontra-se disponível para consulta em <<http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf>>, e o segundo, cuja redação foi sucessivamente revista e alterada em 2010, encontra-se disponível na sua mais recente versão em <[http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010\\_tpg-2010-en#page1](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010_tpg-2010-en#page1)>.

<sup>76</sup> Note que a Comissão esclarece no § 11 do Projeto de Comunicação que, para efeitos de aplicação das regras em matéria de auxílios estatais, “*pode considerar-se que duas entidades jurídicas distintas formam uma única unidade económica. (...) A este respeito o Tribunal de Justiça analisa a exigência de uma participação de controlo e de outras ligações funcionais, económicas e orgânicas.*”

## **CAPÍTULO II**

## 2.1. Preços de transferência - enquadramento introdutório

Num contexto de empresas ligadas por relações especiais, concretizadas através de relações de dependência e influência dominante, os preços de transferência (doravante PT) caracterizam-se por serem preços através dos quais uma empresa transfere bens corpóreos, ativos incorpóreos, ou presta serviços a empresas associadas. Saliente-se ainda que, semelhante preço “(...) *não é negociado no mercado livre, o que potencialmente origina que seja afastado do [preço] que seria praticado por entidades independentes [não associadas], em circunstâncias análogas, em transações semelhantes*”<sup>77</sup>.

Em termos gerais, dir-se-á que o mecanismo dos PT é um dos instrumentos mais usados para obter a Erosão da Matéria Coletável e Transferência de Lucros (*Base Erosion and Profit Shifting* - BEPS) levada a cabo pelos grupos de sociedades “*que ultrapassam as fronteiras territoriais, procurando taxas de impostos mais baixas do que as existentes no país onde obtiveram, efetivamente, os rendimentos que procuram furtar à tributação*”<sup>78</sup>, permitindo-lhes obter uma “manipulação” dos preços atribuídos às trocas de bens e serviços dentro da unidade empresarial, e, consequentemente, diminuir a carga fiscal de que são alvo.<sup>79</sup>

Tais operações intragrupo traduzem-se muitas das vezes em práticas anti concorrenciais que potenciam estratégias de elisão fiscal e de dupla não-tributação<sup>80</sup>, e levantam questões de desconformidade com o princípio da plena concorrência<sup>81</sup>, uma vez que não refletem adequadamente os mecanismos do mercado num contexto de livre

---

<sup>77</sup> Abrunhosa, 2013: 1-2.

<sup>78</sup> Silva et al., 2014: 9.

<sup>79</sup> Relativamente a esta questão aconselha-se a consulta do Relatório da OCDE relativo ao combate à Erosão da Matéria Coletável e Transferência de Lucros, de 2013. Disponível em <[http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/combate-a-erosao-da-base-tributaria-e-a-transferencia-de-lucros-portuguese-version\\_9789264201248-pt#page1](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/combate-a-erosao-da-base-tributaria-e-a-transferencia-de-lucros-portuguese-version_9789264201248-pt#page1)>.

<sup>80</sup> A dupla não tributação consiste numa prática levada a cabo pelas empresas plurilocalizadas internacionalmente que, frequentemente recorrem a esquemas híbridos de empréstimos entre as entidades vinculadas, de modo a aproveitar-se das disparidades, diferenças de qualificações e eventuais lacunas, existentes entre as legislações fiscais dos vários Estados intervenientes, bem como do facto de as suas entidades serem tratadas (ao nível fiscal) de modo independente em cada Estado, para assim se subtraírem ao pagamento de impostos sobre os lucros distribuídos no seio do grupo. Vd a este respeito a recente proposta de revisão da Diretiva relativa às sociedades-mães e sociedades afiliadas (2011/96/UE), disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015L0121&from=EN>>.

<sup>81</sup> O princípio da plena concorrência consiste num princípio internacionalmente aceite que visa estabelecer uma paridade de tratamento fiscal entre empresas integradas em grupos económicos internacionais e empresas independentes. Ao adotar a Convenção Modelo da OCDE de 2014, os países membros acordaram aplicar este *standard* na determinação dos PT, para efeitos fiscais. Vd o art. 9º/1 da Convenção disponível em <<http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf>>.



concorrência, e, conseqüentemente, propiciam a redução, ou mesmo isenção, da tributação dos rendimentos relativos aos lucros distribuídos entre as empresas do mesmo grupo, devido à divisão artificial da propriedade dos ativos no interior desse grupo, que normalmente não ocorreria entre empresas independentes.

A título de exemplo, o que normalmente se verifica é que, devido às discrepâncias existentes entre as legislações fiscais dos vários ordenamentos jurídicos intervenientes (bem como as deficientes trocas de informação entre os mesmos), uma sociedade-filha - localizada num país de baixa ou nula tributação (país A) - tem condições para proceder à cobrança de um preço inflacionado (que excede o *arm's length price*) pela transferência de bens e serviços à sociedade-mãe, que por sua vez está sediada num país de elevada tributação (país B). Conseqüentemente, a companhia em geral poderá beneficiar de uma diminuição da carga fiscal conseguida através da redução dos lucros no país B - uma vez que a sociedade-mãe terá de pagar o montante inflacionado pelos serviços prestados pela sociedade-filha - e aumento das receitas no país A - onde a sociedade que recebe os pagamentos está estabelecida, e onde se tributarão os lucros que foram realizados num outro Estado.

Tendo conhecimento dos efeitos nocivos que tais práticas evidenciam, tanto num cenário de concorrência internacional, como (especialmente) no contexto do mercado interno intracomunitário, a OCDE e a UE, sentiram a urgência em unir os esforços numa tentativa de combater a elisão fiscal e limitar o acesso a esquemas fiscais agressivos, através da promoção de condutas de boa governação e cooperação fiscal mútua que potenciem o intercâmbio de informações e transparência em questões financeiras e de colaboração administrativa na área fiscal.<sup>82</sup>

Sublinhe-se apenas que, o objetivo último de semelhantes ações, é precisamente assegurar que os lucros gerados pelas multinacionais são efetivamente tributados no Estado “*onde as atividades económicas que geraram tais lucros foram realizadas (...)*”.<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> Vd o Plano de Ação da OCDE de combate ao BEPS, de 2013, disponível em <<http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>> e o Plano de Ação da UE composto pela Recomendação para o Planeamento Fiscal Agressivo (cit. pt. 75), pela Comunicação da Comissão ao PE e ao Conselho sobre a transparência fiscal para combater a evasão e elisão fiscais de 2015, COM(2015)136, e pela recente proposta de alteração à Diretiva 2011/16/UE relativa à cooperação administrativa no domínio da fiscalidade, anunciada pelo Conselho ECOFIN em Outubro de 2015, que preconiza a obrigatoriedade da troca automática de informações, entre os EM, relativas a acordos fiscais prévios transfronteiriços e a acordos prévios sobre PT utilizados pelas empresas (vd *infra*), doc. disponível em <<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12774-2015-INIT/en/pdf>>.

<sup>83</sup> Rossi-Maccanico, 2015b: 63.

## 2.2. Os preços de transferência sob a perspectiva dos Auxílios Tributários

No âmbito dos auxílios tributários tem particular relevância o alcance do poder discricionário das administrações fiscais aquando da adoção e interpretação de *Advanced Tax Rulings* (decisões fiscais prévias), que se podem apresentar sob a forma de Acordos Prévios em matéria de Preços de Transferência (APP's) celebrados entre as empresas e as administrações fiscais dos EM, e normalmente requeridos pelas primeiras.

Concretizando, os APP's têm como principal função proporcionar certeza e segurança jurídicas às empresas (pertencentes ao mesmo grupo económico), relativamente ao tratamento fiscal de que as transferências de bens e serviços entre si serão alvo<sup>84</sup>, através da interpretação dos princípios gerais e normas fiscais emitidas pelas autoridades tributárias competentes.

Tais acordos são, em princípio, aptos a assegurar que certas transações controladas são efetuadas em condições de plena concorrência (*dealing at arm's length*), sendo certo que as administrações fiscais dispõem de autoridade para proceder a correções/ajustamentos<sup>85</sup> necessários à valoração das transações e eficiente alocação dos lucros tributáveis gerados pelas multinacionais, configurando-se portanto como uma prática que assegura a neutralidade fiscal entre empresas associadas e independentes<sup>86</sup>, garante a equidade das relações económicas interestaduais, e salvaguarda a eliminação da dupla tributação internacional.

Todavia, esta prática comum nas relações fiscais entre os EM e as multinacionais, pode ter efeitos subversivos, e (contrariamente ao que seria pretendido) potenciar práticas de concorrência fiscal prejudicial e de planeamento fiscal agressivo, assim como levantar questões de (des)conformidade com as regras dos AE, na medida em que as administrações fiscais (não raras vezes) “usam e abusam” da margem de

---

<sup>84</sup> Cf., Lyal, 2015: 1020.

<sup>85</sup> De acordo com as Diretrizes da OCDE, existem cinco métodos (tradicionais e alternativos) de determinação dos PT nas transações intragrupo, tidos como aptos a corrigir a matéria coletável de uma entidade vinculada, no interior de um grupo. São estes os métodos *cost plus* (preço de custo acrescido), do preço de revenda minorado, do fracionamento do lucro, da margem líquida da operação e por último, o mais simples e intuitivo, método da comparação dos lucros das transações, que consiste em comparar os preços cobrados entre entidades relacionadas com os preços praticados, em transações semelhantes, entre companhias não relacionadas.

<sup>86</sup> Vd Glahe, 2013: 223.

discrecionariedade de que dispõem para garantir vantagens seletivas<sup>87</sup> - e não justificadas pela lógica do sistema - às empresas que beneficiam de semelhantes acordos, sobretudo quando está em causa a interpretação de conceitos indeterminados e cláusulas gerais.<sup>88 89</sup>

De acordo com o par. 177 do Projeto de Comunicação, para além do abuso de discrecionariedade da administração, as decisões fiscais prévias implicam seletividade sempre que as mesmas não abranjam empresas que se encontrem numa situação factual e jurídica semelhante, e sejam emitidas em contradição com as disposições fiscais aplicáveis, na medida em que resultem num montante de imposto inferior.

Como nos será possível demonstrar, esta questão tem sido particularmente rebatida nos últimos tempos, pelo que nos propomos a explicar o porquê de o regime dos AE se configurar como um instrumento útil à ação coordenada dos EM e das instituições europeias no combate da concorrência fiscal prejudicial, e, por último, debruçar-nos-emos sobre dois casos que envolvem o tratamento das decisões fiscais para efeitos de controlo de AE.

### **2.3. A importância do regime dos Auxílios de Estado no combate da concorrência fiscal prejudicial**

Desde cedo que a Comissão tem demonstrado especial atenção aos regimes fiscais preferenciais aplicáveis a empresas multinacionais, reforçando a ideia de que o propósito primordial dos sistemas fiscais dos EM é cobrar impostos de modo a gerar receita e consequentemente financiar a despesa pública, pelo que, qualquer derrogação a essas

---

<sup>87</sup> Tais vantagens seletivas constituem, em grande medida, situações em que a modalidade de tributação utilizada pela administração não tem devidamente em conta a realidade económica das transações, e, por conseguinte, permite que as entidades pertencentes a uma multinacional tenham acesso a uma tributação inferior àquela que seria normalmente aplicável.

<sup>88</sup> Vd § 171 do Projeto de Comunicação, que vem confirmar o disposto nos §§ 21 e 22 da Comunicação de 1998 (cit. pt. 50), ao postular que, “*em princípio, qualquer decisão administrativa que se afaste das regras fiscais geralmente aplicáveis para favorecer determinadas empresas, dá origem a uma presunção de auxílio estatal e deve ser analisada em pormenor*”.

<sup>89</sup> Gunn & Luts (2015: 120) procedem neste contexto a uma interessante demarcação entre as decisões fiscais que apenas providenciam certeza jurídica relativamente a medidas fiscais que, já por si, constituem AE (e em que não é imputável à administração o abuso de discrecionariedade), e decisões cuja vantagem seletiva surge apenas no momento da aplicação *in concreto* da específica legislação que pretende interpretar e aplicar, sendo certo que esta última situação é a mais frequente.

normas que provoque uma contração autorizada da receita fiscal é frequentemente encarada com particular suspeição.

Tanto assim é que, no par. 26 da Comunicação de 1998, a Comissão faz ressaltar o facto de determinadas exceções às regras fiscais gerais, que favorecem empresas não residentes em detrimento das residentes, não poderem ser, *grosso modo*, razoavelmente justificadas pela lógica ou natureza intrínseca ao sistema, e portanto são suscetíveis de constituir AE incompatíveis com o MI.

Esta situação, tida como uma prática discriminatória entre sociedades multinacionais e empresas domésticas, e concebida na maioria dos casos para favorecer a deslocalização e fixação das primeiras, remete-nos inevitavelmente para a questão de saber qual o meio ao alcance das instituições europeias e dos EM que mais eficazmente se destina a lidar com estas práticas abusivas e restritivas da concorrência intracomunitária.

Apoiando-nos na (ainda parca) doutrina atual, que recentemente se tem debruçado com particular atenção sobre a problemática em apreço, somos levados a considerar que o mecanismo de controlo dos AE, tal como tem vindo a ser desenvolvido pela jurisprudência, se figura como um meio eficaz no combate a determinadas medidas que favorecem a arbitragem fiscal por parte das sociedades multinacionais.<sup>90</sup>

Por sua vez, a arbitragem fiscal constitui uma prática frequentemente levada a cabo pelas empresas multinacionais que, mediante o exercício da liberdade de circulação e estabelecimento, alteram a sua localização de modo a lucrar - através da redução excessiva e injusta da carga fiscal - com as diferenças entre as distintas formas como as transações internacionais são tratadas pelos vários EM, para efeitos fiscais (nomeadamente ao nível da utilização de PT abordados *supra*), bem como evitar a aplicação de normas fiscais mais restritivas do EM de origem.

As medidas fiscais aptas a, deliberadamente, permitir e facilitar estas práticas constituem, por norma, estratégias que são prejudiciais para a concorrência intracomunitária, e, não raras vezes, surgem na forma de *tax rulings* administrativas, sendo certo que são essencialmente (mas não só) estas últimas que devem entrar no crivo

---

<sup>90</sup> Vd o elucidativo comentário formulado por Rossi-Maccanico (2015b: 65), segundo o qual “as regras dos AE constituem uma ferramenta apropriada no combate a certas disparidades fiscais que resultam em importantes e sistemáticas vantagens garantidas a certas atividades das multinacionais, e, devem desempenhar um papel ainda mais notável na luta contra a concorrência fiscal prejudicial e BEPS”.

da análise para efeitos do regime dos AE, na medida em que podem produzir uma derrogação injustificada ao sistema de tributação geral.

Convergente com esta tendência destaca-se a conclusão a que o Tribunal chegou no controverso e metodologicamente revolucionário acórdão Gibraltar<sup>91</sup>, quando, após a avaliação de uma proposta de reforma do sistema de imposto sobre as sociedades situadas no território britânico - que previa a criação de três tipos de impostos (nomeadamente sobre o número de trabalhadores, sobre a ocupação de instalações para fins comerciais e uma modesta taxa de registo) - admitiu que as regras dos AE podem contribuir para refrear os EM de adotarem vantagens fiscais e esquemas desenhados para facilitar as oportunidades de arbitragem fiscal.

Neste criticado acórdão, em que pela primeira vez se considerou que uma medida que não consistia explicitamente numa derrogação ao sistema geral constituía um auxílio seletivo<sup>92</sup>, o Tribunal defendeu que os sistemas de tributação de empresas devem ser aptos a aplicar-se a todas as atividades empresariais, desde as multinacionais às situações puramente domésticas.

Mais concretamente, o que se constatou mediante a análise do regime em causa, foi que, as empresas *offshore* sem presença física fixa em Gibraltar estavam numa situação legal e factual comparável relativamente a outras empresas com atividade económica no mesmo território, pelo que, a exclusão tácita (*vd* pt. 92) daquelas empresas da tributação normalmente aplicável conferia-lhes, inevitavelmente, um tratamento mais favorável e seletivo, uma vez que, materialmente, estava em causa uma “*aplicação seletiva de medidas (mais ou menos) gerais*”.<sup>93</sup>

Em face desta conjuntura, o Tribunal determinou que, quando se está perante sistemas fiscais geralmente aplicáveis, que favorecem o investimento estrangeiro, - por permitir aos investidores diretos estrangeiros beneficiar de um incentivo, ainda que não levem a cabo uma atividade económica substancial no território nacional - uma análise positiva para efeitos de controlo de AE deve ser apta a concluir que a medida é seletiva

---

<sup>91</sup> Ac. Comissão/Gibraltar e Reino Unido, de 15.11.2011, procs. apensos C-106/09P e C-107/09P.

<sup>92</sup> O Tribunal centrou mais uma vez a sua análise na teoria dos efeitos e considerou que o regime em causa, apesar de extensível a todas as empresas, era (na prática) especialmente concebido de modo a aplicar-se unicamente às sociedades *offshore*, uma vez que estas não dispunham (ou dispunham em pequena quantidade) de trabalhadores e imóveis em Gibraltar (*vd* §§ 106 e 107 do ac. cit. *supra*); como consequência, o específico grupo de empresas constituía uma categoria privilegiada porque não preenchia as condições de elegibilidade necessárias para se sujeitar aos impostos criados.

<sup>93</sup> Traversa & Flamini, 2015: 324.

unicamente tendo em conta os seus efeitos, e já não de acordo com as técnicas regulatórias utilizadas pela reforma<sup>94</sup>, a menos que possa ser razoavelmente justificada pelos objetivos e natureza do sistema.<sup>95</sup>

Segundo a opinião doutrinal em geral, o Tribunal (contra todas as expectativas<sup>96</sup>) abriu as portas para um ardiloso caminho acompanhado de um futuro incerto<sup>97</sup>, ao deixar de apreciar uma qualquer vantagem “*com base numa comparação entre a medida e o regime fiscal geralmente aplicável*, [e, ao invés, passar a estabelecer uma comparação] *entre o regime fiscal tal como ele se apresenta e um outro sistema, hipotético e inexistente*”.<sup>98</sup>

Foi aliás esta perspetiva que o Tribunal Geral fez transparecer em dois recentes casos - Autogrill Espanha (proc. T-219/10) e Santander (proc. T-399/11) - nos quais demonstrou que é necessário ter em consideração que o requisito da seletividade não pode estabelecer-se de modo a deixar incerteza para a atuação dos EM, e que os mesmos são livres de proceder a ajustamentos e reformas dos seus sistemas fiscais, desde que não permitam a individualização de beneficiários específicos, mas antes sejam aptos a aplicar-se indistintamente a todas as empresas.

Estes acórdãos contrastam em grande medida com o estipulado no Ac. Gibraltar, uma vez que consideraram que uma derrogação ao sistema espanhol de tributação geral do rendimento das sociedades não devia ser considerada seletiva, uma vez que o grupo de empresas potencialmente beneficiárias do regime derogatório era demasiado amplo e indefinido; assim, para que o requisito da seletividade estivesse efetivamente preenchido, era necessário identificar um grupo bem demarcado e “rigorosamente limitado” dos beneficiários do auxílio, para que fosse possível estabelecer uma comparação baseada em critérios verdadeiramente substantivos e não meramente formais.

---

<sup>94</sup> Vd § 88 do Ac. Gibraltar (cit pt. 91).

<sup>95</sup> Vd Rossi-Maccanico (2012a: 98), “*A noção da justificação de uma preferência fiscal seletiva é a chave para a resolução do conflito entre a análise dos auxílios estatais e a soberania fiscal dos EM*”.

<sup>96</sup> Nomeadamente o entendimento adotado pelo TPI, no Ac. Gibraltar de 18.12.2008, procs. apensos T-211/04 e T-215/04, que, contrariamente ao recurso em apreço, não identificou qualquer seletividade material ou regional, uma vez que a medida *per se* não constituía qualquer derrogação a um sistema normal de referência que pudesse servir de termo de comparação.

<sup>97</sup> Vd *inter alia* Lang (2012: 812) que se apoia na ótica apresentada pelo AG (*infra*) ao considerar que o acórdão pode antecipar uma revolução metodológica acompanhada de incerteza, insegurança e limitação da liberdade dos EM na definição dos seus regimes fiscais.

<sup>98</sup> Opinião do AG Jääskinen no Ac. Gibraltar (cit. pt. 91), § 202.

Na opinião de Jaeger<sup>99</sup>, os casos demonstram que é possível alcançar uma abordagem mais refinada e balanceada do conceito de seletividade, deixando margem para distinguir a concorrência legítima e ilegítima entre os EM; Nicolaides<sup>100</sup> vai mais longe e admite que o ac. Santander em particular, constitui um caso de referência na medida em que concebe uma interpretação que vai para além da comparação formal - que até aqui tem sido privilegiada - entre beneficiários e não beneficiários.

Não obstante, somos da opinião que a tão reprovada decisão do Tribunal no caso Gibraltar, pode expressar o “renascimento” do impulso e necessidade de convergência de esforços no combate à concorrência fiscal prejudicial no seio da União, que se fez sentir em 1998, aquando da adoção do Código de Conduta.

Em suporte da nossa visão, destacamos o entendimento adiantado por Traversa e Flamini<sup>101</sup>, que afirmam que o Tribunal quis incluir o objetivo de combate à concorrência fiscal prejudicial “*no mecanismo próprio*” do regime dos AE, tal como preconizava a Comunicação de 1998.<sup>102</sup> Na mesma linha de entendimento, Rossi-Maccanico<sup>103</sup> considera que a luta contra a concorrência fiscal prejudicial constitui um objetivo legítimo do regime de controlo dos AE, e, consequentemente, “*não existe qualquer motivo para excluir da análise dos AE, os regimes fiscais prejudiciais (...) sempre e quando sejam seletivos*”.

No entanto, alguns autores continuam céticos e discordantes desta visão, e consideram, tal como Luja<sup>104</sup> e Lang<sup>105</sup>, que o objetivo (ainda que legítimo) do combate da concorrência fiscal prejudicial no seio da UE não pode só por si justificar a adoção de soluções *ad hoc* que conflituem com o enquadramento jurídico na área do direito da concorrência aplicável aos AE, nem muito menos que se utilize abusivamente o regime de modo a abranger situações em que o instituto é instrumentalizado para obter uma solução harmonizadora entre os regimes fiscais dos EM.

*In fine*, resta apenas acrescentar um último argumento - de suporte ao nosso entendimento - segundo o qual, o regime dos AE figura-se como um instrumento eficaz,

---

<sup>99</sup> Cf., Jaeger, 2015: 355.

<sup>100</sup> Cf., Nicolaides, 2014: 1.

<sup>101</sup> Cf., Traversa & Flamini, 2015: 329.

<sup>102</sup> *Vd* § 1 da Comunicação de 1998.

<sup>103</sup> Rossi-Maccanico, 2012a: 96.

<sup>104</sup> Cf., Luja, 2014: 353-356.

<sup>105</sup> Cf., Lang, 2012: 806.

e apto a subverter as práticas de concorrência fiscal abusiva, devido aos especiais poderes de supervisão autónoma, exclusiva e imparcial que são concedidos à Comissão por força do Tratado, através do procedimento que lhe é garantido pelo art. 108º do TFUE.

### 2.3.1. O caso dos Centros de Coordenação Belgas

Recuando a 1999, à apresentação do já mencionado Relatório final do Grupo Primarolo - que identificou 66 medidas como potencialmente prejudiciais para a concorrência intracomunitária - importa apenas referir que a Comissão iniciou, entre 2001 e 2008, vários processos de exame (e em alguns casos de reexame<sup>106</sup>) de medidas fiscais vigentes em alguns EM que, curiosamente ou não, se inseriam no grupo de medidas identificadas pelo Relatório como prejudiciais, e pertenciam na sua maioria às categorias dos serviços intragrupo e das sociedades holding e de financiamento.<sup>107 108</sup>

O regime dos Centros de Coordenação Belgas (que foi um dos casos levados a revisão) consistia num esquema fiscal implementado pelo governo belga, que preconizava - através de uma derrogação ao sistema fiscal geral - que o rendimento tributável dos centros de coordenação pertencentes a um grupo com carácter multinacional, consistia num rendimento presumido correspondente a uma taxa de margem fixa e pré-determinada (8%) do montante das despesas e encargos de funcionamento, com a exclusão de encargos com o pessoal, encargos financeiros e imposto sobre a sociedade; em suma, estava em causa a inadequada e incorreta aplicação do método *cost plus*<sup>109</sup>, por via da outorga de uma decisão fiscal.

---

<sup>106</sup> Importa sublinhar que, após o compromisso de ação interventiva assumido pela Comissão no âmbito do Código de Conduta, esta adotou uma nova abordagem - centrada na teoria dos efeitos - consistente com a identificação de regimes fiscais preferenciais efetivamente limitados a multinacionais, e cuja seletividade não podia ser justificada pela natureza dos sistemas em que se inseriam, tendo por isso chegado à conclusão de que, alguns regimes que anteriormente tinham sido aprovados, já não tinham condições para se considerarem compatíveis com as regras dos AE. Cf., Rossi-Maccanico, 2007a: 28.

<sup>107</sup> Vd, respetivamente, §§ 41-44 e 45-51, do Relatório do Código de Conduta, de 23.11.1999, SN 490.

<sup>108</sup> Vd *inter alia* as decisões da Comissão respeitantes ao regime das sociedades de venda americanas na Bélgica, de 25.6.2003, JO L 23/14 e dos centros de coordenação do Luxemburgo de 16.10.2002, JO L 170.

<sup>109</sup> Note que, de acordo com o ponto 10 do Relatório de Implementação, o método em causa não é *per se* abrangido pelo art. 107º/1; no entanto, pode determinar uma vantagem sempre que a modalidade de tributação adotada não tenha devidamente em conta a realidade económica das transações, e por conseguinte, conduza a uma tributação inferior àquela que era devida caso o método tivesse sido adotado normalmente, e de acordo com as orientações da OCDE.



Tanto a decisão da Comissão de Fevereiro de 2003 (2003/757/CE), como o acórdão “Fórum 187”<sup>110</sup>, foram concludentes no sentido de considerar que o regime fiscal prejudicial em vigor se consubstanciava na concessão de uma vantagem seletiva disponível apenas para as empresas pertencentes a grupos com dimensão internacional.<sup>111</sup>

De acordo com o par. 95 do acórdão, *“para examinar se o apuramento dos lucros tributáveis, como previsto no regime dos centros de coordenação, confere uma vantagem a estes últimos, importa (...) comparar o referido regime com o do direito comum baseado na diferença entre receitas e despesas de uma empresa que exerça as suas atividades em condições de livre concorrência”*.

Assim, do ponto de vista da análise do AE urge determinar se a decisão fiscal se apoia (ou não) numa apreciação razoável dos factos, bem como numa interpretação defensável das regras *vis-à-vis* através da correta, objetiva e ponderada aplicação do método utilizado para proceder ao ajustamento e correção dos PT praticados nas operações entre empresas associadas.<sup>112</sup>

Mais especificamente, e tal como atestam Kavanagh e Robins<sup>113</sup>, deverá estabelecer-se uma comparação entre a metodologia utilizada pela administração fiscal para obter a matéria coletável das empresas multinacionais (particularmente no âmbito das transações controladas efetuadas entre as entidades do mesmo grupo), e aquela que um operador económico prudente obteria, de acordo com as condições normais de mercado e as regras fiscais gerais do país.

Estamos assim perante a aplicação do Teste do Operador numa Economia de Mercado ou ainda Teste do Investidor Privado<sup>114</sup>, segundo o qual *“o comportamento das autoridades públicas deve ser comparado com o de operadores económicos privados*

---

<sup>110</sup> Ac. Bélgica e Fórum 187 ASBL/Comissão, de 22.6.2006, procs. apensos C-182/03 e C-217/03.

<sup>111</sup> Vd ponto 17 do Relatório de Implementação, *“os centros de coordenação beneficiavam de uma isenção do imposto sobre os bens móveis relativamente aos rendimentos entregues às outras empresas dos grupos a que pertencem. (...) A Comissão considerou que a isenção beneficiava diretamente as empresas dos grupos estabelecidos no estrangeiro”*.

<sup>112</sup> Vd § 96 do ac. (cit. pt. 110), *“a exclusão das despesas e encargos (identificados supra) que servem para a determinação dos rendimentos tributáveis dos referidos centros, não permite obter preços de transferência próximos dos que seriam praticados em condições de livre concorrência”*.

<sup>113</sup> Cf., Kavanagh & Robins, 2015: 360-361.

<sup>114</sup> Vd Ac. Comissão/EDF, de 5.6.2012, proc. C-124/10P, § 92. Ainda segundo este ac. (§ 88), a aplicabilidade do teste do investidor privado, não pode ser excluída pelo facto de estarem em causa meios de natureza fiscal, uma vez que, como a Comissão já teve oportunidade de esclarecer, *“a avaliação da conformidade das operações com as condições de mercado deve ser efetuada tendo em conta [unicamente] os efeitos da transação na empresa em causa”*, cf., § 83 do Projeto de Comunicação.

*semelhantes em condições normais de mercado, para determinar se as transações económicas realizadas por essas entidades concedem uma vantagem à contraparte”.*<sup>115</sup>

Deste modo, caso se chegue à conclusão de que o método utilizado se afasta das normais condições de mercado - porque um operador económico privado colocado em condições semelhantes não aceitaria - então a utilização daquele constitui uma vantagem seletiva, caso apenas favoreça determinados grupos de empresas.

Resta apenas acrescentar que, em sua defesa, a Bélgica argumentou que a medida não constituía uma derrogação ao sistema de referência, mas antes um diferente tipo de regime que tinha como principal objetivo providenciar uma solução para o problema da dupla tributação dos serviços intragrupo; todavia o Tribunal considerou que tal argumento não era justificável pela lógica ou natureza do sistema fiscal, uma vez que a medida não estava efetivamente disponível para todas as empresas numa situação legal e factual comparável.<sup>116 117</sup>

### **2.3.2. Breve análise do caso Fiat Finance and Trade - Luxemburgo**

Após a já abordada primeira vaga de procedimentos, surgiu, mais recentemente, uma segunda “onda” de investigações formais que teve início na segunda metade de 2014 e já identificou diversos *individual tax rulings*<sup>118</sup> - em vigor em alguns EM - que potenciam planeamentos fiscais agressivos usufruídos por empresas multinacionais com a finalidade última de verem reduzida a carga tributária geral.

Destacamos o caso FFT - Fiat Finance and Trade (Decisão da Comissão de 11.6.2014, C(2014)3627 sobre o alegado auxílio à FFT), inserido no denominado caso “LuxLeaks” que consistiu na divulgação de múltiplas decisões fiscais administrativas que concediam um tratamento fiscal favorável a aproximadamente 340 companhias multinacionais estabelecidas no Luxemburgo.

---

<sup>115</sup> Vd § 78 do Projeto de Comunicação.

<sup>116</sup> Vd §§ 122-126 do Ac. (cit. pt. 110).

<sup>117</sup> Recorde-se a este respeito que “a noção de seletividade deve incluir situações em que o escopo de um sistema fiscal é injustificadamente limitado e exclui da normal tributação empresas que devessem, razoável e justificadamente, ser taxadas” (sublinhado nosso), cf., Rossi-Maccanico (2015a: 372).

<sup>118</sup> Vd *inter alia* as Decisões da Comissão sobre alegados auxílios a: Amazon no Luxemburgo, de 7.10.2014, C(2014)7165, Apple na Irlanda e Starbucks na Holanda, de 11.6.2014, respetivamente C(2014)3606 e C(2014)3626.

A FFT é uma filial do grupo Fiat localizada no Luxemburgo, que executa serviços de tesouraria central e de financiamento interno das companhias estabelecidas na Europa. Em 2012 obteve das autoridades fiscais luxemburguesas um APP, válido por um período de 5 anos, baseado num específico método de análise para efeitos de cálculo dos PT e apuramento do rendimento tributável, designadamente o método da margem líquida da operação (*Transactional Net Margin Method* -TNMM).<sup>119</sup>

Resulta que, através da aplicação do acordo fiscal em questão, era conferida à FFT uma metodologia de cálculo dos lucros tributáveis artificial e extremamente complexa que não refletia a realidade económica - uma vez que permitia à empresa pagar impostos sobre uma pequena parte dos seus capitais contabilísticos reais - e, consequentemente, reduzia artificialmente os impostos pagos pela FFT no Luxemburgo.<sup>120</sup>

Mais uma vez a Comissão, na sua análise, aplicou o Teste do Operador numa Economia de Mercado<sup>121</sup> e recorreu às orientações da OCDE em matéria de PT, para chegar à conclusão de que a medida não se coadunava com as condições normais de mercado e não era consistente com o princípio da plena concorrência.<sup>122</sup>

A avaliação centrou-se essencialmente nos requisitos da vantagem e da seletividade, tendo a Comissão declarado que “*a principal questão no caso em apreço é determinar se o APP confere uma vantagem seletiva à FFT, na medida em que resulta na redução da carga fiscal no Luxemburgo*”.<sup>123</sup>

A Comissão considera assim que a administração fiscal não deve abrir mão de uma discricionariedade tal que permita a aplicação individual de uma medida geral de modo a conceder uma vantagem seletiva, na medida em que permite diminuir a tributação das empresas às quais se destina, em detrimento de outras em situação legal e factual similar. Segundo esta, as atividades da FFT são comparáveis às de uma entidade bancária, pelo que os seus lucros tributáveis devem ser determinados da mesma forma que os de um banco.

---

<sup>119</sup> Vd §§ 17 e 65 da Decisão da Comissão C(2014)3627.

<sup>120</sup> Vd Imagem 1 do Anexo.

<sup>121</sup> Vd a este respeito a opinião formulada por Kyriazis (2014: 3), segundo o qual a Comissão deturpou o Teste ao focar a sua análise no tipo de regime fiscal que o operador privado, na pessoa do beneficiário, proporia, e já não no regime que um investidor privado, na “pessoa” da administração pública, aceitaria.

<sup>122</sup> Vd §§ 61 e 62 da Decisão cit. pt. 119.

<sup>123</sup> Vd § 54 da Decisão cit. *supra*, que ainda acrescenta: caso a existência de uma vantagem seletiva seja demonstrada, a comprovação da presença das restantes condições do art. 107º/1 é “relativamente clara”.

Tanto neste caso como nos restantes que ainda estão em análise, a Comissão está a adotar uma investigação mais casuística assente na análise de APP's individualmente aplicados às empresas em questão, sendo certo que o que é tido em conta é se a administração faz ou não uma justa avaliação dos rendimentos tributáveis das multinacionais, em comparação com as matérias coletáveis das empresas domésticas que são determinadas a partir das regras internas geralmente aplicáveis.<sup>124</sup>

No passado dia 21 de Outubro, a Comissão revelou num Comunicado de Imprensa<sup>125</sup> que a vantagem seletiva concedida pelo Luxemburgo à FFT é ilegal nos termos das regras da UE em matéria de AE.

No comunicado pode ler-se que *“os acordos fiscais não podem utilizar metodologias, independentemente da sua complexidade, que estabeleçam preços de transferência sem justificação económica e conducentes a uma deslocalização indevida dos lucros com o objetivo de reduzir os impostos pagos pela empresa. Esta prática confere à empresa uma vantagem concorrencial desleal face a outras empresas (geralmente PME) que são tributadas sobre os seus lucros reais, uma vez que pagam preços de mercado pelos bens e serviços que utilizam”*.

A consequência que se segue é a impossibilidade de manutenção do acordo, e a recuperação do auxílio prestado sem que tenha sido comunicado à Comissão, nomeadamente através da cobrança do imposto não pago, cujo montante ascende a pelo menos 20 milhões de euros.<sup>126</sup>

## **2.4. Harmonização fiscal - um caminho a seguir?**

Rossi-Maccanico<sup>127</sup> reconhece que não é possível almejar uma neutralidade fiscal internacional sem que haja harmonização substantiva das regras fiscais entre os EM. Segundo este autor, não se podem colocar todas as medidas “no mesmo saco”, porque se é verdade que existem medidas nacionais predatórias, que, sem qualquer justificação ou necessidade introduzem distorções à sã concorrência intracomunitária e desnivelam a

---

<sup>124</sup> Cf., Rossi-Maccanico 2015b: 73.

<sup>125</sup> Disponível em <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5880\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5880_pt.htm)>.

<sup>126</sup> O valor adiantado corresponde à diferença entre o que a empresa pagou e o que teria pago sem o acordo.

<sup>127</sup> Cf., Rossi-Maccanico, 2012a: 94.

neutralidade dos restantes EM, também é verdade que há medidas justificáveis que apenas visam restaurar a neutralidade fiscal, de modo a reagir legítima e “saudavelmente” ao fenómeno da competitividade internacional, e adaptar-se às disparidades existentes entre os sistemas fiscais. De acordo com a nossa análise, em princípio, apenas as primeiras são aptas a integrar a proibição postulada pelo art. 107º/1 TFUE.

Já Aujean, assume que *“a falta de coordenação das políticas fiscais na UE é flagrante e pode muito bem ser a causa da erosão fiscal e transferência de resultados ao nível transfronteiriço”*.<sup>128</sup>

Admitindo assim que a concorrência fiscal prejudicial e o planeamento fiscal agressivo existem devido à falta de harmonização no campo da fiscalidade direta ao nível da UE, é unânime entre as instituições europeias, a urgente necessidade de proceder à reforma dos vários regimes de impostos sobre o rendimento das empresas nos EM, uma vez que aqueles não se adequam à crescente tendência de integração dos EM no MI.

Como tal, faz parte do Plano de Ação da UE o relançamento do projeto europeu que visa a implementação da Matéria Coletável Comum Consolidada do Imposto sobre as Sociedades (MCCCS), proposto pela primeira vez em 2011, e tido como uma tentativa de harmonização e coordenação fiscal e de integração positiva comunitária.

A tributação de base comum consolidada possibilita que um grupo de empresas que desenvolvam atividades económicas em diversos EM, sejam tributadas por um único conjunto de regras fiscais criadas *ex novo*, em relação às suas atividades desenvolvidas a nível da UE.<sup>129</sup>

Inserida numa perspetiva integracionista e de prossecução de uma tributação mais eficaz e justa, tal política revelar-se-ia uma ferramenta apropriada ao combate à concorrência fiscal prejudicial e ao planeamento fiscal agressivo, bem como mostrar-se-ia habilitada a reduzir os encargos administrativos e custos de cumprimento da legislação suportados pelas empresas com atividades transfronteiriças<sup>130</sup>, sendo certo que as situações de dupla não-tributação, de erosão da base tributável e transferência de resultados, e de manipulação de PT na transações intragrupo, seriam mais facilmente

---

<sup>128</sup> Aujean, 2014: 62.

<sup>129</sup> Cf., Rodrigues, 2008: 78.

<sup>130</sup> *Vd* pp. 8-10 da Comunicação da Comissão ao PE e ao Conselho “Um sistema de tributação das sociedades justo e eficaz na UE: cinco domínios de ação prioritários”, de 2015, COM(2015)302.

mitigadas e até erradicadas, almejando porquanto uma distribuição equitativa da carga fiscal e promoção do crescimento sustentável e do investimento.

Mehta<sup>131</sup> considera ainda que a política de harmonização das taxas de impostos sobre as sociedades europeias pode ter um amplo efeito económico no mercado global de capitais.

Apesar de tudo, pensamos que tal solução equivaleria a uma forma de integração quase federal para a qual os EM não estão ainda sensibilizados, uma vez que traria efeitos (irreversíveis) de limitação à soberania fiscal estadual que muito dificilmente seria aceite, tendo em conta a atual conjuntura. Além do mais, os efeitos positivos de “um certo grau” de concorrência fiscal são reconhecidos por alguns autores, que entendem que esta pode ser benéfica na medida em que contribui para o melhor funcionamento dos mercados de bens, serviços e capitais, e, conseqüentemente apresenta-se como estímulo ao crescimento económico dos EM.

Não obstante, defendemos que uma solução reformista de consolidação fiscal seria a melhor e mais eficaz forma de colmatar a concorrência fiscal prejudicial que se faz sentir na UE.

---

<sup>131</sup> Cf., Mehta, 2007: 257.

## Conclusão

O desenvolvimento jurisprudencial em matéria de Auxílios Tributários está longe de se apresentar consistente. Se por um lado testemunhamos a prática do Tribunal de Justiça a evidenciar que o conceito de auxílio deverá ter um escopo ainda mais amplo, - acarretando consequentemente um impasse para os EM na adoção de regimes fiscais que se adequem às regras cada vez mais complexas dos AE - por outro lado, observamos o esforço recentemente levado a cabo pelo Tribunal Geral para adaptar as regras dos AE à fiscalidade direta, através da limitação do requisito da seletividade.

Apesar da alegada inadaptação, o certo é que o conceito de AE é um conceito em evolução, e, como tal, cada vez mais se tem sentido a necessidade de dar uma resposta atualista e cautelosa às questões que vão surgindo, nomeadamente ao nível da sua clarificação e renovação conceptual. Podemos assim afirmar que está em marcha um processo (ainda que modesto) de modernização da política da UE no domínio dos AE, que se iniciou em 2012 com o *Action Plan*<sup>132</sup>, e cujo foco está hoje notavelmente voltado para a preocupação com os comportamentos anti concorrenciais levados a cabo tanto por certas empresas, como por alguns EM.

Está assim lançado o mote para o reforço da monitorização e combate da concorrência fiscal prejudicial e do planeamento fiscal agressivo, pelo que, os recentes acontecimentos têm demonstrado que a Comissão alargou os seus horizontes no sentido de incluir na revisão de AE, não apenas as medidas de otimização fiscal baseadas em estatutos fiscais, mas também as práticas administrativas, ou seja, as decisões fiscais.

Todavia, a falta de consistência e indefinição legal constituem, segundo as empresas que beneficiam de *tax rulings*, grande parte do problema. Segundo estas, está em causa a abertura de um precedente que fará com que, no futuro, quaisquer companhias que pretendam uma decisão fiscal prévia, terão de se preocupar em interpelar as administrações fiscais acerca da potencial incompatibilidade com o regime dos AE; estas, por sua vez, não terão outra opção senão proceder, no limite, à descontinuidade do modelo até aqui adotado uma vez que serão incapazes de providenciar qualquer tipo de certeza às empresas.

---

<sup>132</sup> Vd a Comunicação sobre a Modernização dos AE, de 8.5.2012, COM(2012)209.

O certo é que nos encontramos num “ponto de viragem”, ainda escassamente apoiado por decisões do Tribunal, pelo que é urgente a procura de uma solução capaz de dar resposta ao crescente flagelo. Partilhamos o entendimento adiantado por Rossi-Maccanico<sup>133</sup>, segundo o qual, uma das possíveis soluções passaria pela adoção de uma diretiva no âmbito do art. 106º/3, na medida em que a Comissão pode adotar diretivas dirigidas aos EM, que visem a transposição de regras respeitantes a empresas privadas que beneficiam de direitos especiais, como é o caso das multinacionais que beneficiam de *tax rulings*. A finalidade última será sempre a prevenção de possíveis violações às regras europeias da concorrência.

A comissária responsável pela política de concorrência, Margrethe Vestager anunciou que a Comissão irá investigar todos os *tax rulings* em vigor em todos os EM, e, já por diversas vezes afirmou que *“todas as empresas, grandes ou pequenas, multinacionais ou não, devem pagar a parte do imposto que lhe corresponde”*.

Perante tudo isto, não nos é possível compactuar com um cenário em que as regras europeias da concorrência, vitais para o funcionamento do MI, são constantemente violadas e desrespeitadas pelos EM.

Em suma, cremos que é necessário (e urgente) acabar com práticas fiscais abusivas que tão pouco orgulham a UE e que descaracterizam por completo os princípios fundamentais do DUE (como o princípio da não discriminação), assim como neutralizam o projeto europeu de integração e de crescimento sustentável do Mercado Interno.

---

<sup>133</sup> Cf., Rossi-Maccanico, 2015a: 378-380.



## Referências bibliográficas

Abreu, Lígia Carvalho (2013), *Auxílios de Estado para um desenvolvimento sustentável*, *in* III Congresso de Direito Fiscal (Coor. Glória Teixeira), Vida Económica, 313.

Abrunhosa, Francisca Póvoas de (2013), *Preços de Transferência - a problemática e os principais focos de conflito*, Dissertação de Mestrado em Direito Fiscal. Universidade Católica Portuguesa, 1-2.

Aujean, Michel (2014), *Tax Competition and Tax Planning: What Solution for the EU?*, EC Tax Review, 2, 62.

Bartosch, Andreas (2009), *On being selective in selectivity*, European State Aid Law Quarterly, 4, 433.

Bartosch, Andreas (2011), *The concept of selectivity?*, *in* Research Handbook on European State Aid Law (Edit. Erika Szyszczak), Edward Elgar Publishing, 187.

Bellis, Van Bael & (2009), *Competition law of the European Community*, Kluwer Law International, 5ª ed., 880.

Campos, Manuel Fontaine (2011), *O controlo da concessão de ajudas públicas na UE e na OMC – fundamentos, regimes e resolução de desconformidades*, Tese de Doutoramento. Universidade Católica Portuguesa, 293-419.

Comissão Europeia (2000), *A política de concorrência na Europa e os cidadãos*, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 30. Pesquisado em 2 de Maio. Disponível em <<http://ftp.infoeuropa.euroid.pt/database/000005001-000006000/000005989.pdf>>

Comissão Europeia (2014), *Compreender as políticas da União Europeia: Concorrência*, Luxemburgo – Serviço das Publicações da União Europeia, 7. Pesquisado em 2 de Maio. Disponível em <<http://bookshop.europa.eu/pt/concorr-ncia-pbNA0614035/?CatalogCategoryID=sciep2OwkgkAAAE.xjhtLxJz>>

Costa, Elisabete Maria (2005), *Concorrência fiscal internacional: um desafio à escala mundial*, Tese de Pós-Graduação. Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 8.

Dirix, Kim (2013), *Harmful Tax Competition: Six Belgian tax incentives under the Microscope*, EC Tax Review, 5, 233.

Drabbe, Humbert (2012), *The test of selectivity in state aid litigation: the relevance of drawing internal and external comparisons to identify the reference framework*, *in* State Aid and Tax Law (Edit. Alexander Rust, Claire Micheau), International Tax conferences of the University of Luxembourg, 89.

Engelen, Frank & Gunn, Anna (2012), *State aid: Towards a Theoretical Assessment Framework*, *in* State Aid and Tax Law (Edit. Alexander Rust, Claire Micheau), International Tax conferences of the University of Luxembourg, 140.

Glahe, Moritz (2013), *Transfer Pricing and EU Fundamental Freedoms*, EC Tax Review, 5, 223.

Gonçalves, Ana Cristina Rodrigues (2012), *Auxílios de Estado sob a forma fiscal – o Caso Açores*, Dissertação de mestrado. Instituto Superior de Contabilidade e Administração de Lisboa, 51.

Guío, Ana Ortega (2012), *La problemática de las ayudas de Estado en la fiscalidad: revisión de algunas decisiones de la Comisión Europea contra España*, Cuadernos de Formación del Instituto de Estudios Fiscales, 15, 102.

Gunn, Anna & Luts, Joris (2015), *Tax Rulings, APAs and State Aid: Legal Issues*, EC Tax Review, 2, 120.

Jaeger, Thomas (2015), *From Santander to LuxLeaks - and back*, European State Aid Law Quarterly, 3, 355.

Kavanagh, James & Robins, Nicole (2015), *Corporate Tax Arrangements Under EU State Aid Scrutiny - The Application of the Market Economy Operator Principle*, European State Aid Law Quarterly, 3, 360-361.

Kronthaler, Marie-Ann & Tzuber, Yinon (2013), *The State Aid Provisions of the TFEU in Tax matters*, *in* Introduction to European Tax Law: Direct Taxation (Edit. Michael Lang, Pasquale Pistone, et al.), 3<sup>a</sup> ed., 93-105

Kurcz, Bartłomiej & Vallindas, Dimitri (2008), *Can general measures be...selective? Some thoughts on the interpretation of a state aid definition*, Common Market Law Review, 45, 175-177.

Kyriazis, Dimitrios (2014), *Driving in the wrong direction? The opening decision in Fiat, State Aid Hub.eu* by Lexxion, 3. Pesquisado em 24 de Julho. Disponível em <<http://stateaidhub.eu/blogs/stateaid/post/803>>.

Lang, John Temple (2012), *The Gibraltar State Aid and Taxation Judgement - a "Methodological Revolution?"*, European State Aid Law Quarterly, 4, 810.

Lang, Michael (2009), *Recent case law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions*, EC Tax Review, 3, 110-113.

Liebman, Howard M. (2003), *The EU Code of Conduct vs. The prohibition against "state aid"*, *in* Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional, Associação Portuguesa de Consultores Fiscais, 120.

López, Hugo López (2010), *General thought on selectivity and consequences of a broad concept of state aid in tax matters*, European State Aid Law Quarterly, 4, 808-809.

Luja, Raymond H.C. (2000), *Anti-tax avoidance Rules and Fiscal Trade Incentives*, Intertax, 28, 6-7, 231.

Luja, Raymond H.C. (2014), *EU State Aid Rules, Tax Competition and its limits*, Tax Notes International, 353-356.

Lyal, Richard (2015), *Transfer Pricing and State Aid*, Fordham International Law Journal, 38, 1020.

Matsos, Georgios (2014), *Systematic misconceptions of State Aid law in the area of taxation - principles for a conceptual reform*, European State Aid Law Quarterly, 3, 491-499.

Mehta, Jayant (2007), *Tax Harmonization and State Aid - a Warning to the future? - ECJ Decision on Joint Cases C 182/03 and 217/03*, European State Aid Law Quarterly, 2, 257.

Micheau, Claire (2011), *State aid and taxation in EU law*, *in* Research Handbook on European State Aid Law (Edit. Erika Szyszczak), Edward Elgar Publishing, 207.

Micheau, Claire (2015), *Tax selectivity in European Law of State Aid: Legal assessment and alternative approaches*, European Law Review, 40, 3, 325-330.

Micheau, Claire (2008), *Tax selectivity in State aid review: a debatable case practice*, EC Tax Review, 6, 277.

Micheau, Claire & Brousse, Gauthier de la (2012), *Case studies of tax issues on selectivity: analysis of the Patent Box Scheme and the reduced taxation of foreign-source interest income*, *in* State Aid and Tax Law (Edit. Alexander Rust, Claire Micheau), International Tax conferences of the University of Luxembourg, 153-159.

Monti, Mario (1999), *How state aid affects tax competition*, EC Tax Review, 4, 208.

Nicolaides, Phendon, (2014), *A surprising interpretation of the concept of selectivity*, State Aid Hub.eu by Lexxion, 1. Pesquisado em 25 de Setembro. Disponível em <<http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/953>>

Panayi, Christiana HJI (2004), *State aid and tax: the third way?*, Intertax, 32, 283.

Pereira, Liliana (2011), *Os benefícios fiscais e o regime comunitários dos Auxílios de Estado*, *in* A fiscalidade como Instrumento de Recuperação Económica, (Coord. Sónia Monteiro, Suzana Costa, Liliana Pereira), Vida Económica, 91.

Porto, Manuel & Almeida, João (2010), *Controlo negativo, controlo positivo ou ambos?*, Revista de Concorrência e Regulação, I, 3, 187.

Prek, Miro & Lefèvre, Silvère (2012), *The requirement of selectivity in the recent case-law of the Court of Justice*, European State Aid Law Quarterly, 2, 336-340.

Quigley, Conor (2012), *Direct taxation and state aid: recent developments concerning the notion of selectivity*, Intertax, 40, 114.

Roch, María Teresa Soler (2006), *Las medidas fiscales selectivas en la jurisprudencia del TJCE sobre ayudas de Estado*, Quincena Fiscal, 8.

Rodger, Barry J. & MacCulloch, Angus (2009), *Competition Law and Policy in the European Community and United Kingdom*, Cavendish Publishing, 4<sup>a</sup> ed., 341.

Rodrigues, Carlos Augusto (2008), *Globalização, União Europeia e Direito Tributário: “Uma análise sob a perspectiva dos Preços de Transferência e o Princípio da não discriminação na União Europeia”*, Coleção Ratio Iuris, 78-90.

Romariz, Cristina (2014), *Revisiting Material Selectivity in EU State Aid Law – Or “The Ghost of Yet-To-Come”*, European State Aid Law Quarterly, I, 42.

Rossi-Maccanico, Pierpaolo (2007):

- a) *Commentary of State Aid review of Multinational Tax Regimes - A comprehensive illustration of main state aid cases*, European State Aid Law Quarterly, I, 28.
- b) *The specificity criterion in fiscal aid review: proposals for state aid control of direct business tax measures*, EC Tax Review, 2, 95.

Rossi-Maccanico, Pierpaolo (2012):

- a) *Fiscal Aid Review and Cross-Border Tax Distortions*, Intertax, 40, 2, 94-98.
- b) *Fiscal Aid Review and Tax Competition*, *in* State Aid and Tax Law (Edit. Alexander Rust, Claire Micheau), International Tax conferences of the University of Luxembourg, 41-44.

Rossi-Maccanico, Pierpaolo (2015):

- a) *A New Framework for State Aid Review of Tax Rulings*, European State Aid Law Quarterly, 3, 372-380.
- b) *Fiscal State Aids, Tax Base Erosion and Profit Shifting*, EC Tax Review, 2, 63-73.

Rossi-Maccanico, Pierpaolo (2011), *Prohibited selectivity of business tax measures and tax policy*, ERA Forum, 208.

Rossi-Maccanico, Pierpaolo (2004), *State aid review of Member States' measures relating to direct business taxation*, European State Aid Law Quarterly, 2, 236.

Rydelski, Michael Sánchez (2010), *Distinction between State Aid and general tax measures*, EC Tax Review, 4, 150 ss.

Santos, António Carlos dos (2003), *Auxílios de Estado e Fiscalidade*, Coimbra: Almedina Editora, 207-397.

Sauter, Wolf & Schepel, Harm (2009), *State and Market in EU law – the public and private spheres of the internal market before the EU courts*, Cambridge studies in European Law and Policy, 193.

Schön, Wolfgang (1999), *Taxation and state aid law in the EU*, Common Market Law Review, 36, 920.

Silva, Suzana Tavares da et al. (2014), *Os benefícios da harmonização fiscal e os respetivos riscos face ao atual modelo de desenvolvimento económico*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 9. Pesquisado em 10 de Junho. Disponível em <<http://hdl.handle.net/10316/25098>>.

Szudoczky, R. & Streek, J.L. van de (2010), *Revisiting the Dutch Interest Box under the EU State Aid Rules and the Code of Conduct: When a ‘Disparity’ is Selective and Harmful*, Intertax, 38, 5, 275.

Traversa, Edoardo & Flamini, Alessandra (2015), *Fighting Harmful Tax Competition through EU State Aid Law: Will the Hardening of Soft Law Suffice?*, European State Aid Law Quarterly, 3, 324-329.

Vilaça, José Luís da Cruz (2009), *Material and Geographic selectivity in state aid – recent developments*, European State Aid Law Quarterly, 4, 444.



Winter, Jan A. (2004), *Re(de)fining the notion of state aid in article 81(1) of the EC treaty*, Common Market Law Review, 41, 479.

## Anexo



**Imagem 1** - Disponível em <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5880\\_pt.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5880_pt.htm)>